Die ursprüngliche Unmöglichkeit.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde der hohen juristischen Fakultät der Königlichen Universität Marburg

vorgelegt von

Wilhelm Lendle
Referendar.

ACAD. LUGD. RAT. BIBL.

MAINZ
Georg Aug. Walter's Druckerei G. m. b. H.
1913

Referent: Professor Dr. Franz Leonhard.

Meiner Mutter!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41556031_0096

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

A. Der Begriff der Unmöglichkeit; Abgrenzung der Unmöglichkeit vom Unvermögen.

§ 1. Einleitung; Terminologie und Gang der Arbeit 1

§ 2. Der Begriff der Unmöglichkeit 2

I. Der philosophisch-logische Unmöglichkeitsbegriff . . . 2

II. Der spezifisch juristische Begriff 4

III. Kleineidam 7

§ 3. Standpunkt der Arbeit 9

§ 4. Unmöglichkeit und Unvermögen; Abgrenzung beider Begriffe 19

B. Die Arten der Unmöglichkeit

§ 5. Uebersicht 27

§ 6. Ursprüngliche und nachträgliche Unmöglichkeit 28

§ 7. Totale und teilweise Unmöglichkeit 36

C. Die gesetzliche Regelung der ursprünglichen Unmöglichkeit.

§ 8. I. Nichtigkeit des Vertrags nach § 306 BGB. 43

II. Ausnahmen vom Grundsatz des § 306 BGB 44

§ 9. Das negative Vertragsinteresse nach § 307 BGB. 50

D. Anhang.

§ 10. Kritik des Satzes: Impossibilium nulla obligatio 62

Literatur-Verzeichnis.

Allermann: Beiträge zur Lehre von der Unmöglichkeit. Erlanger Diss. 1908.

Bähr: Entwurf eines BGB. erster Lesung in der krit. Vierteljahrsschrift Bd. 30 S. 321 ff. 481 ff. 1888.

Biermann: Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung im bürgerlichen Recht. Arch. f. ziv. Prax. Bd. 91 S. 73 ff. 1900.

Binder: Besprechung des Titze'schen und Kleineidam'schen Werks in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht. Bd. 52 S. 598 ff.

Brock: Das negative Vertragsinteresse 1902.

Cosack: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1 4. Aufl. 1903.

Crome: System des bürgerlichen Rechts. 1902.

Dernburg: Pandekten 1897.

Dernburg: Die Schuldverhältnisse nach dem Rechte des Reichs und Preußens. I. Abtl. 1897.

Endemann: Einführung in das Studium des BGB. Bd. 1. 3. Aufl. 1901.

Enneccerus: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Bd. 1. 3. Aufl. 1908.

Enneccerus: Rechtsgeschäft, Bedingung und Anfangstermin. 1889.

Fischer: Vis major im Zusammenhange mit der Unmöglichkeit der Leistung, Jherings Jahrbücher Bd. 37 S. 199 ff.

H. A. Fischer: Ein Beitrag zur Unmöglichkeitslehre 1904.

Fischer-Henle: Das Bürgerliche Gesetzbuch. 8. Aufl. 1909.

Hartmann: Die Obligation, Untersuchung über ihren Zweck und Bau 1875. (I).

Hartmann: Casus und seine juristische Prästatation, Jherings Jahrb. Bd. 22 S. 418 ff. (II).

Jhering: Culpa in contrahendo oder Schadensersatzpflicht bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen, Jherings Jahrb. Bd. 4 S. 1 ff.

Kisch: Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem BGB. 1900.

Kisch: Besprechung des Titze'schen Werks in der krit. Vierteljahrsschr. Bd. 44 S. 106 ff.

Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem BGB. 1900. (I).

Kleineidam: Einige Streitfragen aus der Unmöglichkeitslehre des BGB. Jherings Jahrb. Bd. 43, S. 103 ff. (II).

Krückmann: Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozeß zugleich eine Kritik der Entwürfe Rußlands, Ungarns und der Schweiz 1907. (I).

Krückmann: Nachlese zur Unmöglichkeitslehre. Jherings Jahrb. Bd. 57 (II) und Bd. 59 (III).

Landsberg: Das Recht des BGB. 1904.
Leonhard: Verschulden bei Vertragsschluß 1910. (II).
Leonhard: Die Beweislast 1904. (I).
Mathias: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts 3. Aufl. 1900.
Mathies: Unvermögen zur Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Rechte des bürgerlichen Gesetzbuches. Leipziger Diss. 1905.
Mommsen: Beiträge zum Obligationenrecht. Abt. I 1853.
Mugdan: Materialien zum BGB. Bd. 2.
Oertmann: Kommentar zum BGB. Schuldverhältnisse 3/4. Aufl. 1910.
Pakuscher: Die allgem. Grundsätze über die anfängliche Unmöglichkeit. Rostocker Diss. 1907.
Planck: Bürgerl. Gesetzbuch Bd. II 3. Aufl. 1907.
Rabel: Unmöglichkeit der Leistung, eine kritische Studie zum BGB. 1907.
Rehbein: Das BGB. in Erläuterungen für das Studium und die Praxis Bd. II 1903.
Reinke: Die allgem. Grundsätze über die anfängliche Unmöglichkeit. Leipziger Diss. 1905.
Reichsgerichts-Räte: Kommentar zum BGB. 1910.
Savigny: Das Obligatio enrecht als Teil des heutigen römischen Rechts. I 1851.
Schollmeyer: Das Recht der Schuldverhältnisse. 1900.
Schröder: Unmöglichkeit und Ungewißheit. 1905.
Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.
Staudinger: Kommentar zum BGB. Bd. II 5/6. Aufl. 1910.
Stein: (früher Gaupp-Stein) Zivil-Prozeß-Ordnung 10. Aufl. 1911/13.
Titze: Die Unmöglichkeit nach deutschem bürgerlichen Recht. 1900.
Windscheid: Lehrbuch der Pandekten. 1891.

Die Entscheidungen oberster Gerichte sind im Texte zitiert.

A. Der Begriff der Unmöglichkeit und Abgrenzung der Unmöglichkeit vom Unvermögen.

§ 1. Einleitung.

Terminologie und Gang der Arbeit.

Ebenso wie das gemeine Recht kennt das Bürgerliche Gesetzbuch den Begriff der Unmöglichkeit in einem weiteren Sinne. Nach § 275 ist das Unvermögen des Schuldners, eine Leistung zu bewirken, von der bloßen Schwierigkeit hierzu zu trennen und dem weiteren Begriffe der Unmöglichkeit neben der sogenannten objektiven Unmöglichkeit zuzurechnen. Unmöglich in diesem weiteren Sinne ist eine Leistung, die wegen „Nichtleistenkönnens" (Gegensatz: „Nichtleistenwollen") des Schuldners nicht erbracht wird, ohne Rücksicht darauf, ob das Nichtleistenkönnen auf Gründen in der Person des Schuldners beruht oder nicht. Dieser weitere, die objektive und subjektive Unmöglichkeit umfassende Begriff ist von einem engeren Begriffe zu scheiden. Letzterer bezeichnet nur die objektive Unmöglichkeit.

Die Terminologie des Bürgerlichen Gesetzbuchs verwendet den Begriff Unmöglichkeit nur im engeren Sinne, während für die subjektive Unmöglichkeit die Bezeichnung „Unvermögen des Schuldners" in § 275 BGB. neu geschaffen ist. Der Terminologie des Gesetzbuches wird sich die Arbeit anschließen.

Wie der Titel unserer Arbeit besagt, wird nur die Unmöglichkeit behandelt werden. Natürlicherweise ist es die erste Aufgabe, diesen für die ganze Arbeit grundlegenden Begriff eingehend zu bestimmen. Hierzu wird auch gehören, daß er von dem Begriffe des Unvermögens, der ihm im Gesetz gegenübertritt, abgegrenzt wird.

Da wir es ferner nicht mit der Unmöglichkeit in ihrer Gesamtheit, vielmehr nur mit der „ursprünglichen“ Unmöglichkeit zu tun haben, so wird es erforderlich sein, darzulegen, wann ursprüngliche und wann nachträgliche Unmöglichkeit vorliegt. Eine vom Gesetz gemachte Scheidung zwischen „totaler“ und „teilweiser“ Unmöglichkeit wird daran anschließend erörtert werden.

Der Schlußteil der Arbeit wird sich mit der gesetzlichen Regelung der ursprünglichen Unmöglichkeit (§§ 306 bis 308 BGB.) befassen.

§ 2. Der Begriff der Unmöglichkeit.

Schon bei Bestimmung des Unmöglichkeitsbegriffes begegnen wir einem der hauptsächlichsten Streitpunkte der an Kontroversen überreichen Lehre der Unmöglichkeit. Im wesentlichen handelt es sich um zwei — grundsätzlich verschiedene — Anschauungen, die im folgenden einander gegenüber gestellt werden sollen.

I. Die Ansicht, die wir zuerst behandeln wollen, wird u. a. vertreten von Hartmann[1]), Binder[2]), Landsberg[3]), Fischer[4]) und mit einer Modifizierung von Krückmann[5]). Danach ist der Begriff der Unmöglichkeit im Rechtssinne der gleiche wie der logische Unmöglichkeitsbegriff. Logisch unmöglich ist all das, von dem wir auf Grund unserer Kenntnisse und Erfahrung sagen müssen: „Es wird notwendig nicht geschehen“[6]). Als notwendig geschehend erkennen wir all das, was immer als Folge von uns bekannten oder unbekannten Voraussetzungen eintritt. Als unmöglich erkennen wir danach, was nie als Folge uns bekannter oder unbekannter Voraussetzungen geschieht, mit anderen Worten: was nach menschlicher Kenntnis und Erfahrung unter keinen Umständen eintreten kann. Da sich die menschliche Erfahrung und

---

[1]) Hartmann I S. 172, II 418.
[2]) Binder a. a. O. S. 600/01.
[3]) Landsberg a. a. O. S. 312.
[4]) Fischer a. a. O. S. 17; Anm. 23.
[5]) Krückmann a. a. O. (I) S. 60 ff.
[6]) Hartmann wie zu 1.

Kenntnis fast täglich ändert, so sehen wir, daß dem Begriff eine gewisse Relativität anhaftet. Was wir heute auf Grund unserer Kenntnis und Erfahrung für unmöglich halten, muß vielleicht morgen schon allgemein für möglich gelten.

In vielen Fällen werden wir nun auf Grund unserer Kenntnis und Erfahrung nicht strikt dahin entscheiden können: Dieser Erfolg tritt notwendig ein oder tritt notwendig nicht ein, vielmehr müssen wir uns darauf beschränken, zu sagen, daß ein bestimmter Erfolg eintreten könne, aber nicht eintreten müsse. Wir urteilen dann nicht: „Es ist unmöglich oder es ist notwendig," sondern: „Es ist möglich = ungewiß"; oft geben wir unserer Ansicht eine bestimmte Färbung und sagen: „Es ist wahrscheinlich, oder es ist unwahrscheinlich". Kraß liegende Fälle, (in denen jeder Mensch sagen muß: „Es ist höchst unwahrscheinlich") will Krückmann als Fälle der logischen Unmöglichkeit im Sinne des praktischen Lebens bezeichnen, obwohl eine logische Unmöglickkeit im philosophischen Sinne nicht vorliege. Zur besseren Veranschaulichung sollen folgende Beispiele dienen:

Auf einer Reise in der Wüste Sahara verliere ich meine Uhr; erst am Rastort einige Stunden nach dem Verlust bekomme ich davon Kenntnis; ein Mitreisender verpflichtet sich, die Uhr wieder herbeizuschaffen; oder: meine Uhr fällt in das Meer, ein Taucher verpflichtet sich die Uhr aus dem Meere zu holen[7]).

Logisch unmöglich ist die Herbeischaffung in beiden Fällen nicht; sie ist denkbar. Praktisch unmöglich ist sie jedoch auch nicht, sie ist vielmehr nur in Ansehung der Schwierigkeiten für praktisch schwer — nicht undenkbar zu halten. Die Scheidung einer praktisch-logischen Unmöglichkeit von der Unmöglichkeit im philosophischen Sinne läuft im Ende nur darauf hinaus, eine spezifisch-juristische Unmöglichkeit zu schaffen. Gegen eine solche hat sich aber —

---

[7]) Krückmann bildet das Beispiel so: Die Uhr fällt ins Meer an einer Stelle, in der es 1000 Meter tief ist; es verpflichtet sich jemand zur Herbeischaffung. Diese Leistung ist allerdings unmöglich. Denn wir wissen, daß Arbeiten in einer solchen Tiefe aus physikalischen Gründen nicht vorgenommen werden können.

wie wir sehen werden mit Recht — Krückmann mit aller Entschiedenheit gewandt. Die von ihm in dieser Beziehung geltend gemachten Gründe können hier gegen ihn selbst angeführt werden. Außerdem ist noch gegen die von ihm eingeführte Scheidung vorzubringen, daß ein praktisches Bedürfnis für sie nicht ersichtlich ist. Denn in den oben gebildeten Beispielen wird sich niemand mit normalen Kenntnissen und mit normaler Erfahrung verpflichten, die Uhr wirklich herbeizuschaffen. Die Leistung, die jemand in solchen Fällen (auch z. B. bei Führungen auf hohe Berge) verspricht, wird gewöhnlich in einer reinen Tätigkeit, die den damit angestrebten Erfolg haben kann aber nicht haben muß, bestehen und zwar entweder in einem festumgrenzten oder nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu bestimmenden Rahmen. Verpflichtet sich aber doch jemand in den obigen Fällen zur Herbeischaffung, so kennt er entweder die Schwierigkeiten, die er überwinden muß, nicht und kann deshalb wegen Irrtums anfechten oder er ist — trotz Kenntnis der Schwierigkeiten — des Erfolges sicher und dann besteht kein Grund, ihn wegen Unmöglichkeit zu befreien, bevor nicht in concreto das Vorliegen unüberwindlicher Hinderungsfaktoren feststeht.

II. Gegen die soeben behandelte Gleichstellung des Unmöglichkeitsbegriffes im Rechtssinne mit dem logischen Begriffe der Unmöglichkeit wendet sich mit eingehendster Begründung Titze[8]).

Dieselbe Ansicht wird vornehmlich noch vertreten von Kisch[9]), Enneccerus[10]), Staudinger[11]); ihr folgt auch die Rechtsprechung der obersten Gerichte[12]). Sie kann heute als die herrschende Lehre angesprochen werden.

Von dem unter I besprochenen logischen Unmöglichkeitsbegriff scheidet Titze (und die genannten Schriftsteller) einen

---

[8]) Titze a. a. O. S. 2 ff.

[9]) Kisch a. a. O. (I) S. 12 ff.

[10]) Enneccerus a. a. O. S. 634, 635.

[11]) Staudinger a. a. O. S. 124.

[12]) RG 28 S. 244, ferner Bayr. OLG Sammlg. von Entsch. in Seuff. Arch. 47 Nr. 20.

spezifisch juristischen Begriff der Unmöglichkeit. Unmöglich im Rechtssinne — so führt Titze aus — sei eine Leistung nicht nur dann, wenn sie unter keinen Umständen erbracht werden könne, sondern vielmehr schon dann, wenn ihre Bewirkung dem Schuldner ein solches Uebermaß von Opfern aufbürde, das „billigerweise" von ihm nicht verlangt werden dürfe. Im wesentlichen stützt Titze seine Ansicht auf § 242 BGB.:

> „Der Schuldner ist verpflichtet, die Leistung so zu bewirken wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern."

Denn wie hier dem Schuldner einerseits auferlegt werde, all das zu tun, was Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte von ihm verlange, so werde er andererseits durch diese Vorschrift davor geschützt, daß Anforderungen an ihn gestellt werden, die er billigerweise nicht erfüllen könne. Weiterhin beruft sich Titze auf § 251 Abs. 2 („Der Ersatzpflichtige kann den Gläubiger in Geld entschädigen, wenn die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist"), § 633 Abs. 2 Satz 2 („Der Unternehmer ist berechtigt, die Beseitigung zu verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert") und § 948 Abs. 2 („Der Untrennbarkeit steht es gleich, wenn die Trennung der vermischten oder vermengten Sachen mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden sein würde"). Hieraus leitet er den Grundsatz ab, daß unser geltendes Recht die übermäßig schwierige Leistung der unmöglichen Leistung gleich stelle.

Zur Veranschaulichung der Titze'schen Lehre seien zwei von seinen Beispielen hier mitgeteilt: [13])

a) Ein Mieter ist bei Ablauf der Mietzeit schwer erkrankt; ein Transport ist nur unter Lebensgefahr möglich. Die Räumung hält Titze für unmöglich.

b) Ein Sänger ist auf ein Gastspiel engagiert; an dem Tage an dem er aufzutreten hat, ist seine Mutter gestorben. Die an sich mögliche Leistung — der Sänger ist physisch

---

[13]) Titze a. a. O. S. 3.

in bester Verfassung — ist nach Titze juristisch unmöglich, da mit der Rechtspflicht, seinen Vertrag zu erfüllen, ein übermäßiges Opfer, das die Kindesliebe bringen müsse, kollidiere.

Titze[14]) und Kisch[15]) verkennen bei ihrer Begriffsbestimmung nicht, daß die Grenze zwischen Unmöglichkeit (in ihrem Sinne) und Möglichkeit, d. h. der bloßen Schwierigkeit flüssig ist. Nach Kisch bestehen zwischen beiden nur quantitative Unterschiede. Im Regelfalle soll eine Leistung, die nur unter äußerster Kraftanstrengung und nur unter Aufwendung ganz unverhältnismäßiger Mittel noch bewirkt werden kann, als unmöglich behandelt werden. Der Richter soll im Einzelfalle abwägen, ob „nach der Auffassung des Verkehrs und dem vernünftigen Sinne des Vertrags" die besondere Schwierigkeit als Unmöglichkeit anzusprechen ist. Nach Titze soll gleichfalls der Richter unter Anwendung von „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte"[16]) im einzelnen Falle feststellen, ob die Leistung des Schuldners bloß schwierig (also möglich) oder besonders schwierig (in seinem Sinne unmöglich) ist. Titze gibt hierzu zwei Auslegungsregeln.

a) Es soll erstens im einzelnen Falle zu beachten sein, ob der Schuldner bei Eingehung des Schuldverhältnisses Kenntnis von den Schwierigkeiten hatte, die er bei Bewirkung der Leistung überwinden muß. Die Kenntnis der besonderen Schwierigkeit lasse nicht zu, daß der Schuldner von der Bewirkung der Leistung befreit werde. Unmöglichkeit kann danach nur angenommen werden, wenn dem Schuldner die Aufwendung übermäßiger Opfer bei der Bewirkung im Momente des Vertragsschlusses nicht bekannt war.

b) Ferner soll es einen Unterschied bedeuten, ob der

---

[14]) Titze S. 7 ff.

[15]) Kisch S. 12 ff.

[16]) So S. 4 im Gegensatz zur Definition S. 9, wo an Stelle von „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte" — „billigerweise" steht. Aus einem Vergleich und den sonstigen Ausführungen geht m. E. hervor, daß auch Titze S. 9 den an und für sich weiteren Ausdruck „billigerweise" nur im Sinne von „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte" brauchen will.

Schuldner seine Leistung unentgeltlich bezw. gegen ein geringes Entgelt oder gegen ein äquivalentes oder bedeutendes Entgelt zu bewirken hat. Im Verhältnis des Entgelts steigt also nach Titze das Maß der Anforderung, das der Gläubiger an den Schuldner stellen kann. Die Höhe des Entgelts soll mit a. W. der Gradmesser für die vom Schuldner zu überwindenden Schwierigkeiten sein, sie soll im wesentlichen die Grenze bestimmen, wo die (besondere) Schwierigkeit (das absolut noch Mögliche) zur Unmöglichkeit wird.

III. Dem praktischen Ergebnisse nach ist der unter II besprochenen Ansicht noch Kleineidam zuzuzählen. Er leugnet[17]) allerdings die Berechtigung, einen spezifisch juristischen Unmöglichkeitsbegriff aufzustellen. Er hält vielmehr an dem rein logischen Begriff, wie wir ihn unter I erörtert haben, strikt fest. Gleichwohl meint er, die Räumung des kranken Mieters, das Auftreten des Sängers in den Titze'schen Beispielen sei unmöglich. Dazu gelangt er,[18]) indem er als ein wesentliches Moment der Leistung (neben den übrigen Momenten wie Ort und Zeit usw.) die Kraftanstrengung ansieht, die der Schuldner zur Bewirkung der Leistung aufwenden muß. Diese Kraftanstrengung faßt er relativ; ihr Maß soll sich unter Berücksichtigung ausdrücklicher Parteiabrede oder der Verkehrsanschauung nach dem in Frage stehenden Schuldverhältnis bestimmen. Nur was der Schuldner leistet, ohne diese obligationsmäßige Kraftanstrengung überbieten zu müssen, soll allein obligationsmäßige Erfüllung sein. Die Leistungsmomente Kraftanstrengung und Ziel harmonieren in diesem Falle. Müßte dagegen der Schuldner die obligationsmäßige Kraftanstrengung überschreiten, dann soll die Erfüllung unmöglich sein. Der Schuldner könne in solchem Falle nur ein „aliud" liefern, da ein Mißklang zwischen der geschuldeten Kraftanstrengung und dem Ziel der Obligation bestehe. Die Richtigkeit seiner Ansicht sucht er an folgendem Beispiel zu demonstrieren:

X verpflichtet sich dem Y gegenüber ausdrücklich mit 10 Mann eine Last von 250 Zentnern zu heben.

---

[17]) Kleineidam a. a. O. (II) S. 110

[18]) Derselbe a. a. O. (I) S. 10 ff.

Lassen wir dahingestellt, ob ein solcher Fall im täglichen Leben vorkommen kann, so ist allerdings die Leistung mit der obligationsmäßigen Kraftanstrengung unmöglich. Da der Schuldner nicht mehr Kraft anzuwenden braucht (vielleicht auch nicht darf), so liegt damit die Unmöglichkeit der Leistung zweifellos vor.

Allein die offensichtliche „Konstruktion" dieses Beispieles gibt zu Bedenken gegen die Richtigkeit der Kleineidam'schen Ansicht Anlaß. Vor allem spricht gegen sie § 267 Abs. 1 BGB.

> „Hat der Schuldner nicht in Person zu leisten, so kann auch ein Dritter die Leistung bewirken. Die Einwilligung des Schuldners ist nicht erforderlich".

Hieraus folgt, daß es regelmäßig überhaupt nicht auf die Tätigkeit, auf das „Bemühen" des Schuldners ankommt,[19]) sondern vielmehr lediglich auf die Herbeiführung des Zieles der Obligation. Außerdem dürfte es zu großen Schwierigkeiten führen, abzuwägen, welche Kraftanstrengung im speziellen Falle obligationsmäßig ist und welche nicht. Gemeinhin — und das dürfte nicht angezweifelt werden können — werden nämlich die Parteien beim Vertragschluß nicht zum Ausdruck bringen, daß der vom Gläubiger angestrebte Erfolg mit einer größeren oder weniger großen Anstrengung des Schuldners erreicht werden sollte. Die Anstrengung des Schuldners wird dem Gläubiger meist so gleichgültig sein, wie dem Schuldner meist der Grund, warum der Gläubiger einen bestimmten Erfolg herbeigeführt wissen will. Dem Gläubiger wird es meist nur auf den Erfolg, dem Schuldner auf die Gegenleistung ankommen.

Damit dürfte die Richtigkeit der Voraussetzung Kleineidams — die Kraftanstrengung des Schuldners ist Leistungsmoment —, auf die er die Subsumierung der besonderen Schwierigkeit unter die Unmöglichkeit stützt, widerlegt sein. Im übrigen kann all das, was im folgenden gegen die Titze'sche Ansicht geltend gemacht wird, auch als gegen seine Meinung gerichtet gelten.

---

[19]) Ebenso Oertmann Vorbemerkung zu § 275 S. 98

§ 3. Standpunkt der Arbeit.

I. Gegen den spezifisch juristischen Unmöglichkeitsbegriff Titze's könnte man zunächst einwenden, es sei unzulässig, einem Begriffe eine besondere juristische Bedeutung beizulegen, wenn dies im Gesetz nicht ausdrücklich im Wege der Legaldefinition angeordnet sei oder wenn sich nicht aus den Materialien ergebe, daß der Gesetzgeber ihn in einem vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichenden Sinne im Gesetz aufgenommen habe. Beide Voraussetzungen seien bezüglich des Unmöglichkeitsbegriffes aber nicht gegeben.

Ein solcher Einwurf wäre unberechtigt. Denn auch andere Begriffe werden in einem typisch juristischen Sinne gebraucht, — man denke z. B. an den juristischen Kausalitätsbegriff oder daran, daß der juristische Bestandteil sich mit dem physikalischen Teil nicht zu decken braucht —, ohne daß dies im Gesetz festgelegt wäre, oder daß darauf die Gesetzesmaterialien hinwiesen.

Wünschenswert ist es nun zweifellos, daß der Sprachgebrauch des Juristen mit dem des Laien möglichst im Einklang steht. Deshalb kann die vom allgemeinen Sprachgebrauch abweichende Verwendung eines Begriffes in einem spezifisch juristischen Sinne nur berechtigt erscheinen, wenn sie durch zwingende praktische Gründe geboten erscheint, wenn beispielsweise nur so ein billiges Resultat erreicht werden kann. Daß nur Gründe zu berücksichtigen sind, die nicht gesetzlichen Bestimmungen zuwiderlaufen, ist selbstverständlich. Unsere nachfolgende Betrachtung können wir deshalb mit der Frage einleiten: Findet die Ausdehnung der Unmöglichkeitsregeln auf die Fälle der „besonderen Schwierigkeit" im Gesetzbuch eine Stütze? oder ist sie im Gegenteil mit Normen unseres Rechts unvereinbar?

II. Wie bereits im § 2 gesagt, stützt Titze im wesentlichen seine Ansicht auf § 242 BGB. Seine Annahme, § 242 müsse auch zu Gunsten des Schuldners Anwendung finden, durch diese Vorschrift solle der Schuldner davor geschützt werden, daß an ihn Anforderungen gestellt werden, die

„billigerweise“[20]) von ihm nicht verlangt werden können, ist m. E. richtig[21]). Damit ist aber nur gesagt, daß der Schuldner auf ein „unbilliges“ Verlangen des Gläubigers nicht zu leisten brauche; und zwar nicht dergestalt, daß er auf die Vorschrift des § 242 BGB. gestützt, die Leistung ausdrücklich verweigern müsse, — also nicht im Wege der Einrede — vielmehr muß der Richter ex officio das „unbillige“ Verlangen des Gläubigers zurückweisen und damit den Schuldner von der Leistung freistellen. Keineswegs ist aber in § 242 BGB. zum Ausdruck gebracht, daß der Schuldner ein „unbilliges“ Verlangen des Gläubigers nicht erfüllen könne. Der Schuldner darf erfüllen; er muß es unter Umständen sogar[22]). Er kann auch leisten, denn § 242 BGB. setzt voraus, daß die Leistung noch erbracht werden kann. Unmöglich ist aber, — wie Titze selbst lehrt[23]) — eine Leistung nur dann, wenn sie nicht erbracht werden kann, wenn die Nichtbewirkung auf „Nichtleistenkönnen“ des Schuldners im Gegensatz zu „Nichtleistenwollen“ zurückzuführen ist[24]).

III. Weiterhin zieht Titze[25]) aus § 251 Abs. 2, § 633 Abs. 2 Satz 2 und § 948 Abs. 2 den Schluß, das Bürgerliche Gesetzbuch stelle die „besonders schwierige“ Leistung der unmöglichen Leistung gleich. Ohne weiteres kann m. E. bei unserer modernen Gesetzestechnik nicht angenommen werden,

---

[20]) „billigerweise“ auch im folgenden der Kürze halber im Sinne von „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte entsprechend“ gebraucht; „unbilligerweise“ „gegen . . . . . verstoßend“.

[21]) Die gegenteilige Ansicht habe ich in der benutzten Literatur nicht vertreten gefunden.

[22]) Auf ein Anerkenntnis wird er nämlich verurteilt; anders aber in den Fällen der §§ 134, 138 BGB. vgl. Gaupp-Stein a. a. O. S. 768.

[23]) Titze a. a. O. S. 1.

[24]) Wenn überhaupt mit § 242 BGB. der Begriff „unmöglich“ verbunden werden kann, dann ist dies nur angängig, indem man das Verlangen des Gläubigers „unmöglich“ nennt und zwar unmöglich in ethischem nicht wie hier stets im logischen Sinne, wie man beispielsweise sagt: Es ist unmöglich daß X, dessen Vater heute beerdigt worden ist, auf eine Gesellschaft geht. Möglich ist ihm dies nur, wenn er sich über ethische Gebote hinwegsetzt.

[25]) Titze a. a. O. S. 3 Anm. 3.

daß die Aufnahme eines allgemein gültigen Grundsatzes als solchen übersehen worden sei, und er lediglich an einzelnen Gesetzesstellen versteckt seinen Ausdruck gefunden habe. Deshalb muß schon die Berechtigung, aus Einzelvorschriften, die im Gesetzbuch verstreut sind, ein allgemeines Prinzip herzuleiten, gewagt erscheinen; es kann m. E. ein derartiges Unternehmen nur gebilligt werden, wenn sich dafür durchschlagende Gründe angeben lassen und die herangezogenen Stellen unzweideutig den Satz aussprechen: „Die übermäßig schwierige Leistung steht der unmöglichen gleich; sie muß (nicht: kann — darf) wie die unmögliche Leistung behandelt werden". Titze hat für diese seine Annahme Gründe nicht gegeben. In der Tat lassen sich auch keine Gründe finden, die seine Behauptung stützen. Wie eine Betrachtung ergeben wird, sind die genannten Gesetzesstellen nur als das anzusprechen, als was sie auf den ersten Blick erscheinen — nämlich als Einzelvorschriften.

a) § 251 Abs. 2 BGB. Der ganze § 251 BGB. hat folgenden Wortlaut:

> „Soweit die Herstellung nicht möglich oder zur Entschädigung des Gläubigers nicht genügend ist, hat der Ersatzpflichtige den Gläubiger in Geld zu entschädigen".
>
> Abs. 2: Der Ersatzpflichtige kann den Gläubiger in Geld entschädigen, wenn die Herstellung nur mit unverhältnismäßigen Aufwendungen möglich ist".

Abs. 1 statuiert die Verpflichtung zu einer Geldentschädigung an Stelle der unmöglichen Naturalrestitution. Abs. 2 dagegen erläßt dem Ersatzpflichtigen lediglich die mögliche Naturalrestitution, wenn sie mit unverhältnismäßigen Kosten für ihn verknüpft ist, und berechtigt ihn, den Schaden mit Geld wett zu machen. In seiner Wahl liegt es (facultas alternativa), das eine oder andere zu tun. Im Falle des Abs. 1 kann der Geschädigte seinen Antrag nur auf Geldentschädigung richten; im Falle des Abs. 2 muß er dagegen zunächst Naturalrestitution begehren und nur mit einem Unterantrag kann er Geldentschädigung verlangen für den Fall, daß der Ersatzpflichtige von seiner Berechtigung,

den Schaden in Geld zu ersetzen, Gebrauch macht. Was wir oben von § 242 BGB. gesagt haben, wiederholt sich hier im wesentlichen. Ueberhaupt scheint mir aus § 251 Abs. 2 BGB.[26]) das Prinzip des § 242 BGB. hervorzuleuchten. Es tritt uns in § 251 Abs. 2 allerdings verstärkt entgegen. Denn hier wird jede[27]) übermäßige Inanspruchnahme des Ersatzpflichtigen gesetzlich mißbilligt, während ein „unbilliges" Verlangen des Gläubigers nicht immer mit Treu und Glauben kollidieren muß.

Gegen die Verwertung des § 251 II im Titze'schen Sinne wendet sich auch Pakuscher (S. 16) und Binder (S. 601). Ihre Ausführungen erscheinen mir jedoch auf einer unrichtigen Grundlage zu beruhen. Pakuscher sagt S. 16: „Das erste, was uns an der Fassung dieses Paragraphen auffällt, ist die scharfe Gegenüberstellung der unmöglichen Naturalrestitution in Abs. 1 mit der unverhältnismäßige Aufwendungen erfordernden Herstellung im Abs. 2. Nach Titze . . . . müßte doch eigentlich der 2. Abs. höchst überflüssig sein, da dieser Schriftsteller auch die unverhältnismäßig schwierige Leistung zu den unmöglichen rechnet."

M. E. ist dieser Schluß unberechtigt. Denn Titze leitet ja gerade aus der Existenz des Abs. 2 von § 251 das Prinzip her, daß die unverhältnismäßig schwierige Leistung der unmöglichen Leistung gleich stehe. Es wird von Titze nirgends behauptet, daß ohne diese Gesetzesstelle (und die sonst noch von ihm angeführten) auf einen derartigen Grundsatz zu schließen wäre. Aber nur wenn er dies täte, könnte man die Existenz des Abs. 2 gegen ihn anführen.

b) § 633 Abs. 2:

> „Ist das Werk nicht von dieser Beschaffenheit, so kann der Besteller die Beseitigung des Mangels verlangen. Der Unternehmer ist berechtigt, die Beseitigung zu verweigern, wenn sie einen unverhältnismäßigen Aufwand erfordert."

---

[26]) Und auch aus § 633 Abs. 2 BGB.

[27]) d. h. jede, der nicht freiwillig vom Schuldner entsprochen wird.

Hier finden wir denselben Gedanken — wie in dem § 251 Abs. 2 — durchgeführt. Nach § 633 Abs. 1 ist der Unternehmer beim Werkvertrag verpflichtet, das Werk ohne erhebliche Fehler und mit den zugesicherten Eigenschaften versehen herzustellen. Abs. 2 setzt für den Fall, daß das Werk nicht mängelfrei ist, generell eine Nachbesserungsfrist für den Unternehmer fest. Dieser Nachbesserungspflicht kann der Unternehmer stets entsprechen; allein er braucht nicht immer Nachbesserungen vorzunehmen und zwar dann nicht, wenn sein Interesse dadurch stark geschädigt würde, oder, wie das Gesetz sich ausdrückt, wenn die Nachbesserung einen unverhältnismäßigen Aufwand erforderte. Befreit wird er von der unverhältnismäßig kostspieligen Nachbesserung nur dann, wenn er dies im Wege der Einrede geltend macht.

c) § 948 Abs. 2.

§ 948 BGB. hat folgenden Wortlaut:

„Werden bewegliche Sachen miteinander untrennbar vermischt oder vermengt, so finden die Vorschriften von § 947 entsprechende Anwendung.

Abs. 2: Der Untrennbarkeit steht es gleich, wenn die Trennung der vermischten oder vermengten Sachen mit unverhältnismäßigen Kosten verbunden sein würde".

Diese Gesetzesstelle ist mit den zuletzt besprochenen nicht gleichzustellen. Denn es handelt sich hier nicht wie dort um die Bewirkung einer Leistung. Aber nur, wenn von einer Leistung, die die Trennung zum Gegenstand haben müßte, die Rede wäre, könnte die Vorschrift in diesem Sinne verwendet werden. Für die Frage der Verpflichtung, die Trennung vorzunehmen, sind nach § 951 Abs. 2 BGB. andere Vorschriften maßgebend. Es kann z. B. aus unerlaubter Handlung Schadensersatz verlangt werden. Nach § 249 BGB. muß dann in erster Linie der Zustand hergestellt werden, der bestehen würde, wenn der zum Ersatze verpflichtende Umstand nicht eingetreten wäre, d. h. der Geschädigte kann vom Ersatzpflichtigen die Trennung der vermengten Sachen verlangen. Ist die Trennung unverhältnismäßig kostspielig, dann kann der Ersatzpflichtige nach § 251 Abs. 2 BGB. an-

statt die Sachen zu trennen, eine Geldentschädigung zahlen. Er braucht es aber nicht, er kann die Trennung tatsächlich vornehmen. (s. o. unter a).

IV. Steht sonach einerseits fest, daß sich mit den zuletzt besprochenen Gesetzesvorschriften Titze's spezifisch juristischer Unmöglichkeitsbegriff nicht begründen läßt,[28]) so ist im folgenden noch kurz darauf hinzuweisen, daß er im Widerspruch mit anderen gesetzlichen Vorschriften steht.

1) Wie unten näher dargelegt werden soll, hat das Gesetz neben dem Begriff der Unmöglichkeit der Leistung den Begriff „Unvermögen des Schuldners zur Leistung" gestellt. Nach Titzes eigener Definition[29]) liegt Unmöglichkeit dann vor, wenn die Leistung von niemand erbracht werden kann, Unvermögen des Schuldners dagegen dann, wenn die Leistung zwar nicht vom Schuldner, wohl aber von irgend einem Dritten erbracht werden kann. Daraus erhellt, daß bei der Frage, ob eine Leistung unmöglich sei, alle persönlichen Umstände des Schuldners außer acht gelassen werden müssen, sofern nur ein Dritter die Leistung bewirken kann. Dagegen berücksichtigt Titze in hohem Maße die persönlichen Verhältnisse des Schuldners, wenn er sagt: Unmöglich ist die Leistung schon dann, wenn sie vom Schuldner nur unter Aufwendung übermäßiger Opfer erbracht werden kann. Soll der Unmöglichkeitsbegriff im Sinne des Gesetzes wirklich so elastisch gegenüber dem konkreten Schuldverhältnisse sein, dann ist kein Grund ersichtlich, warum das Gesetz den Begriff des Unvermögens überhaupt aufgestellt hat. H. A. Fischer[30]) bemerkt hierzu durchaus treffend, daß dann das Unvermögen entweder mit der Unmöglichkeit zusammenfiele, (befreiendes Unvermögen) oder aber, daß es rein negativ diejenigen Hemmnisse bezeichne, deren Ueberwindung vom Schuldner noch begehrt werden könnte (haftungsbegründendes Unvermögen). Titze hat dies auch selbst nicht verkannt, denn er hat im Verfolg seiner Ansicht de lege ferenda die

---

[28]) Die Vorschriften können vielmehr ebensogut gegen Titze verwendet werden.

[29]) Titze a. a. O. S. 59.

[30]) H. A. Fischer a. a. O. S. 15.

Scheidung zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen verworfen. Damit ist aber de lege lata seine Definition der Unmöglichkeit noch nicht brauchbar geworden, denn heute unterscheidet unser Gesetzbuch noch zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen und eine Definition des einen Begriffes darf nicht Anwendungsfälle des anderen in sich einschließen.

2) Daß der Schuldner nicht von jeder übermäßigen Inanspruchnahme durch den Gläubiger geschützt werden soll, geht auch aus § 811 CPO. hervor.[31])

Danach muß der Schuldner für jede Verbindlichkeit mit seinem ganzen Vermögen einstehen und nur das Allernotwendigste darf ihm vom Gläubiger nicht genommen werden. Er haftet „bis zum völligen Ruin mit Hintansetzung aller seiner Interessen hinter das egoistische Prinzip des Gläubigers". [32])

IV. Aus dem Gesagten geht zweifellos hervor, daß die Einbeziehung der übermäßigen Schwierigkeit unter die Unmöglichkeit auf das Bestreben zurückzuführen ist, den Schuldner vor Unbilligkeit zu schützen. Inwieweit damit die Grenze zu Ungunsten des Gläubigers überschritten wird, haben wir zuletzt (III, 1 und 2) festgestellt. Allein nicht nur Härten gegen den Gläubiger zeitigt die weite Begriffsbestimmung Titze's, sie kann auch für den Schuldner, dessen Fürsorge sie dienen soll, höchst unbillige Folgen nach sich ziehen. Das soll an Hand der oben mitgeteilten Beispiele vom kranken Mieter, der räumen soll, und vom Sänger, der trotz tiefer Trauer singen soll, gezeigt werden.

Soweit die von Titze getroffene Entscheidung besagt, daß der kranke Mieter nicht zu räumen brauche, der Sänger, dessen Mutter gestorben ist, nicht zu singen brauche, ist sie m. E. zweifellos richtig.[33]) Aber auch nur

---

[31]) Binder a. a. O. S. 601.

[32]) Binder a. a. O. S. 601. Es ist eine andere Frage, ob jede Maßnahme des Schuldners, seine höchsten Interessen zu schützen und damit gegen das Interesse des Gläubigers zu verstoßen, unter allen Umständen zu mißbilligen ist; vergl. hierzu z. B. die Rspr. d. RG. über Gehaltsverträge des Schuldners zu Gunsten eines Dritten, (zitiert in einem Aufsatz der JW. 1913 S. 182 ff., Striemer „Unsittliche Gehaltsverträge.")

[33]) Begründung aus § 242 BGB. vgl. den Schluß dieses § der Arbeit.

insoweit. Titze begnügt sich bekanntlich aber damit nicht, er geht weiter und entscheidet, die Räumung des Mieters, das Auftreten des Sängers sei unmöglich, d. h. aber: der Mieter kann nicht räumen, der Sänger kann nicht auftreten. Die Gleichstellung des „Nichtmüssens" mit „Nichtkönnen", die auf der allgemeinen Erwägung beruhen mag, daß sich ein Schuldner nicht mehr anstrengen werde, als er gerade müsse, ist solange unrichtig, als Fälle denkbar sind, in denen der Schuldner trotz des Uebermaßes von Opfern, das er bei Bewirkung der Leistung aufwenden muß, ein Interesse daran hat, den Vertrag zu erfüllen. Zum Beispiele: Der Sänger will seine Trauer überwinden und auftreten, weil er die Gage nötig hat, um der Bestattung seiner Mutter beizuwohnen oder gar, um eine anständige Bestattung zu ermöglichen. Nach Titze ist der Sänger wegen Unmöglichkeit der Leistung frei geworden, der Theaterdirektor seinerseits aber auch — er braucht also das Auftreten des Sängers nicht zuzulassen. Ein anderes Beispiel: Ich habe einen Gärtner zur Herrichtung meines Gartens angenommen; trotz einer schweren Erkältung will der Gärtner unseren Vertrag erfüllen, um seinen Kindern den nötigen Unterhalt gewähren zu können. Als er seine Arbeit bei mir aufnehmen will, weise ich ihn ab mit der Begründung, das Arbeiten in seinem Zustande bringe ihn an den Rand des Grabes, die Leistung sei ihm deshalb unmöglich, und ich brauche seine Dienste deshalb nicht anzunehmen. Man bedenke weiterhin folgendes: Der Gärtner hat seine Arbeiten ohne meine Kenntnis in meiner Abwesenheit ausgeführt. Er hat also eine juristisch unmögliche Leistung erbracht. Eine Verpflichtung zur Leistung der Arbeit bestand für ihn nicht; — ich selbst war wegen Unmöglichkeit seiner Leistung von meiner Gegenleistung frei geworden. Ein Anspruch auf Bezahlung seiner Dienste steht ihm also aus Vertrag nicht zu. Auch aus ungerechtfertigter Bereicherung wird er nur etwas erreichen können, wenn er dartut, daß ihm seine Befreiung unbekannt war (§ 814 BGB.), und auch dann nur eben das, worum ich bereichert bin.

Daß diese Entscheidungen höchst unbillig sind, bedarf wohl keiner weiteren Ausführung und dennoch sind sie

allein richtig, wenn man Titze's Unmöglichkeitsbegriff billigt. Diese ungeheuerlichen Konsequenzen für den Schuldner muten geradezu tragikomisch an, wenn man sich nochmals vergegenwärtigt, daß die Ausdehnung der Unmöglichkeit auf die übermäßige Schwierigkeit nur aus dem Bestreben erklärt werden kann, günstige Resultate für den Schuldner zu erreichen.[34])

V. Aus den vorgetragenen Gründen muß m. E. der von Titze und den Seite 4 genannten Schriftstellern aufgestellte juristische Unmöglichkeitsbegriff abgelehnt werden, und es muß auch für das Rechtsgebiet am rein logischen Begriff der Unmöglichkeit — wie wir ihn im Anfange des § 2 dargelegt haben — festgehalten werden. Damit ist jedoch keineswegs gesagt, daß der Schuldner immer dann auch die Leistung erbringen müsse, wenn sie nur logisch möglich sei. Denn unser geltendes Recht kennt nicht nur die Unmöglichkeit der Leistung als Befreiungsgrund aus einem Schuldverhältnisse. Es ist bereits darauf hingewiesen worden, daß das Gesetz nicht jedem Verlangen des Gläubigers aus einer gültigen Obligation seinen Schutz zukommen läßt. Es verweigert ihn vielmehr, wenn der Gläubiger eine „unbillige" Anforderung an den Schuldner stellt, d. h. wenn sein Verlangen gegen „Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte" verstößt. Aber auch nur eine solche „unbillige" Forderung soll an den Schuldner nicht gestellt werden können; nicht jede übermäßige Inanspruchnahme ist mit dem Gesetz unvereinbar. Ob das Verlangen des Gläubigers unbillig — oder wie wir uns oben einmal ausgedrückt haben — „ethisch unmöglich" ist, unterliegt ex officio der Prüfung des Richters im Einzelfalle. Die Ansicht Reinkes (a. a. O. S. 21), der dem Schuldner nur eine Einrede aus § 242 BGB. zugestehen will, ist m. E. abwegig; eine nähere Begründung ist von ihm nicht gegeben. Mit Reinke stimme ich auch insofern nicht überein, als er dem Schuldner stets die Einrede geben will, wenn er übermäßig in Anspruch genommen

[34]) Binder a. a. O. S. 601 sagt: Der Unmöglichkeitsbegriff Titzes ist symptomatisch; er entspricht dem Zuge unserer Zeit, so oft wie möglich, gegen den Gläubiger, für den Schuldner Partei zu ergreifen.

wird. Wie Reinke zu dieser mit § 242 BGB. nicht in Einklang zu bringenden Ansicht kommt, ist nicht ersichtlich.

Krückmann (I S. 30—56, II S. 232—310) bekämpft auch Titze's Unmöglichkeitsbegriff; er hält auch am logischen Unmöglichkeitsbegriff fest. Um zu billigem Resultate zu kommen, leitet er aus den §§ 251, Abs. 2, 633 Abs. 2 Satz 2, 948 Abs. 2, 1023, 1246, 2170 Abs. 2, 2288 Abs. 2 BGB. eine allgemein gültige Einrede „aus gewichtigem Interesse" für den Schuldner ab. Gegen diese Einrede gibt er dem Gläubiger eine Replik aus „gewichtigerem Interesse".

Ich halte es nicht für angängig, aus Einzelvorschriften ein allgemeines Prinzip abzuleiten; mit Recht kann man gegen ein derartiges Unternehmen geltend machen, das behauptete Prinzip entspreche nicht der Absicht des Gesetzes, sonst wäre es als solches im Gesetzbuch aufgenommen; die Einzelvorschriften sollten vielmehr nur Ausnahmen sein.

Gegen Krückmann sprechen folgende Bedenken: Das Interesse des Schuldners soll nur bei „unbilligem" Verlangen des Gläubigers geschützt werden (§ 242 BGB.) „Gewichtiges Interesse" kann der Schuldner auch an der Nichtleistung haben, wenn der Gläubiger nur „Billiges" von ihm verlangt. Dagegen kann das „gewichtigere Interesse" des Gläubigers nicht berücksichtigt werden, wenn sein Verlangen „unbillig" ist. Vor allem: Wie soll man entscheiden können, das Interesse des Schuldners ist gewichtig, das des Gläubigers gewichtiger? Zum Beispiel: Ein Händler mit 1000 Mark Vermögen kann seiner Verpflichtung nachkommen und liefern, durch die Lieferung ruiniert er sich jedoch; liefert er nicht, dann ist sein Gläubiger ruiniert, der ein Vermögen von 10000 Mark hat. Kann man das Interesse des einen gewichtiger, als das des andern nennen?, oder muß man nicht vielmehr ihre Interesse für gleichwertig halten?, weil es sich bei beiden um ihre Existenz handelt.

Außerdem spricht gegen Krückmann's Ansicht folgendes praktische Bedenken. Nach seiner Ansicht muß ein Schuldner, der von seinem Gläubiger in „unbilliger" Weise in Anspruch genommen wird, durch Versäumnisurteil verurteilt werden, da Krückmann ihn nur befreien will, wenn er die Einrede

aus gewichtigem Interesse in der mündlichen Verhandlung vorbringt. Dies Resultat steht — wie oben ausgeführt ist — nicht im Einklang mit § 242 BGB. Treu und Glaube muß der Richter ex officio berücksichtigen. Er darf also dann, wenn „Unbilliges" von einem Schuldner verlangt wird, ein Versäumnisurteil überhaupt nicht erlassen, sondern er muß auch, ohne daß es eines Auftretens des Schuldners vor Gericht bedürfte, den Gläubiger mit seiner Klage abweisen.

§ 4. Unmöglichkeit und — Unvermögen des Schuldners.[35]) Abgrenzung beider Begriffe.

Die Scheidung zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen hat unser Gesetzbuch aus dem gemeinen Recht entnommen. Die Benennung „Unmöglichkeit" und „Unvermögen" des Schuldners war allerdings dem gemeinen Recht fremd; es gebrauchte für diese Begriffe die Ausdrücke „objektive" und „subjektive" Unmöglichkeit. Die vom Bürgerlichen Gesetzbuch vorgenommene rein terminologische Aenderung, insbesondere die Prägung des Ausdrucks „Unvermögen des Schuldners" muß m. E. dankbar anerkannt werden. Ich halte es deshalb nicht für angebracht, die Terminologie des gemeinen Rechts weiter zu gebrauchen. Warum die meisten Schriftsteller das doch tun, ist nicht ersichtlich. Nur Pakuscher begründet den Gebrauch der althergebrachten Begriffe. Er will daran festhalten, weil die Begriffe des BGB. sachlich nichts anders besagen. Dieser Grund schlägt deshalb nicht durch, da die neuen Begriffe jedenfalls klarer sind wie die alten. Denn aus den althergebrachten „Namen" läßt sich das Wesen des Unterschieds mit Sicherheit nicht entnehmen, während die vom Gesetz geschaffene Benennung deutlich darauf hinweist, daß der Unterschied darin liegt, ob nur der Schuldner zur Leistung außerstande ist, oder ob die Leistung überhaupt nicht erbracht werden kann.

Das gemeine Recht begründet seine Unterscheidung hauptsächlich auf l. 137 § 4 und 5 D de verb. oblig. 45,1.

---

[35]) vgl. Titze S. 59 ff., Kleineidam S. 4 ff., Kisch S. 9 f., Krückmann I S. 56 ff., H. A. Fischer S. 15 ff., Schröder S. 47 ff.

Venulejus stellt hier dem „impedimentum naturale“ die „causa difficultatis“ gegenüber und erklärt am Ende der Stelle unter Berufung auf Sabinus, daß eine „causa difficultatis“ stets dann vorliege, „si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit“.[36]) Auf diese Digestenstelle gestützt hat Mommsen folgende Definition aufgestellt:[37]) Unter „objektiver Unmöglichkeit“ verstehen wir „diejenige, welche ihren Grund in dem Gegenstand der Obligation an sich hat; unter subjektiver Unmöglichkeit diejenige, deren Grund entweder in den persönlichen Verhältnissen des Schuldners oder in dessen Verhältnis zum Gegenstand der Obligation liegt“.

Die Definition Mommsens ist bezüglich des Unvermögens nicht ganz scharf. Nach ihm läge auch dann Unvermögen vor, wenn der Schuldner zu einem persönlichen Tun verpflichtet ist und er infolge von Hinderungsgründen, die in seiner Person begründet sind, zur Leistung außerstande ist. Mommsen zählt aber selbst diese Fälle der Unmöglichkeit zu.[38])

Unter Vermeidung dieser Unrichtigkeit definiert Titze[39]) m. E. zutreffend: „Objektiv unmöglich ist diejenige Leistung, die von niemanden, subjektiv unmöglich, diejenige, die zwar von anderen, aber nicht vom Schuldner bewirkt werden kann“.

Die Grenze zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen zeigt sich am deutlichsten, wenn wir einige Hinderungsgründe für sämtliche Arten von Leistungen, die Gegenstand eines Schuldverhältnisses sein können, an Hand unserer Definition betrachten. Ein Schuldverhältnis verpflichtet den Schuldner entweder zu einem „Tun“, oder zu einem „Unterlassen“. (§ 241 BGB.). Das „Tun“ kann in einem „dare“ oder in einem „facere“ bestehen; das Unterlassen begreift das Dulden in sich ein.

---

[36]) „alio“ ist wie Kleineidam S. 4 zutreffend bemerkt, mit „irgend ein anderer“ zu übersetzen.

[37]) Mommsen a. a. O. S. 5.

[38]) Mommsen a. a. O. S. 65. Die Richtigkeit dieser Ansicht wird unten bestätigt.

[39]) a. a. O. S. 59.

I. Zunächst wenden wir uns zu den auf ein „dare" gerichteten Obligationen.[40])

1. Geschuldet wird eine Speciessache.

Der Untergang der Sache sowie der Mangel zugesicherter Eigenschaften bedeuten Unmöglichkeit. Denn weder der Schuldner noch irgend ein anderer kann etwas, was nicht mehr vorhanden ist oder gar, was nie vorhanden war, leisten. Ferner führt der Umstand, daß in der Person des Gläubigers eine zur Entgegennahme der Leistung gesetzlich geforderte Voraussetzung fehlt, zur Unmöglichkeit, z. B.: ein inländisches Grundstück kann an einen Ausländer, der die in Art. 88 EG. BGB. vorgesehene landesgesetzliche Genehmigung nicht besitzt, von niemand aufgelassen werden. Unmöglichkeit liegt auch vor, wenn der Schuldner dem Gläubiger eine Sache zu Eigentum übertragen soll, die diesem bereits gehört. Denn niemand ist in der Lage, demjenigen Eigentum zu verschaffen, dem es bereits zusteht.

Dagegen wird Unvermögen des Schuldners zur Leistung gegeben sein, wenn der Schuldner der zur Leistung erforderlichen rechtlichen oder tatsächlichen Beziehungen zur Sache ermangelt. Z. B. der Schuldner soll eine Sache liefern, von der er angenommen hat, sie gehöre ihm; in Wirklichkeit gehört sie aber einer anderen Person. Hier kann zwar der Schuldner nicht liefern, wohl aber der Dritte. Oder aber: Der Schuldner soll eine Sache liefern, die ihm gestohlen worden ist; da gestohlene Sachen im Verkehr meist[41]) wieder auftauchen, sei es in der Hand des Diebes oder Hehlers, sei es bei gänzlich Unbeteiligten, so ist die Möglichkeit der zu prästierenden Uebergabe nicht beseitigt: der Dieb, der Hehler oder ein ganz Unbeteiligter kann übergeben. H. A. Fischer[42]) will dann Unmöglichkeit annehmen, wenn der Dieb unbekannt ist, weil dann für den großen

[40]) Zum folgenden vgl. insbesondere Titze S. 60 ff., H. A. Fischer S. 19 ff., denen ich mich im wesentlichen anschließe.

[41]) Ausnahme gewöhnlich: Verbrauchbare Sachen, insbesondere Lebensmittel.

[42]) H. A. Fischer S. 19. Ebenso Pakuscher S. 35.

Kreis der Rechtsgenossen ein generelles Leistungshindernis bestehe und nicht nur für die Person des Schuldners. Dem kann m. E. durchschlagende Beweiskraft nicht zugebilligt werden. Denn dasselbe generelle Leistungshindernis besteht auch, wenn eine Sache im Eigentum eines Dritten steht. Im Falle, daß der Dritte zur Veräußerung nicht bereit ist, wird das generelle Leistungshindernis eher noch größer genannt werden müssen; denn der Dieb wird meist dazu genötigt sein, die gestohlenen Sachen zu veräußern, und wird so eine unbegrenzte Anzahl Dritte in die Lage setzen, an Stelle des Schuldners zu leisten.

2. Ist die geschuldete Leistung nur der Gattung nach bestimmt, dann ist nur beim Untergang der ganzen Gattung Unmöglichkeit anzunehmen. In allen andern Fällen liegt Unvermögen vor.

3. Die Frage, ob Unmöglichkeit oder Unvermögen anzunehmen ist, wenn der Gegenstand der Leistung in einem nichtexistierenden Recht (Forderungsrecht) besteht, ist bestritten. Im gemeinen Recht war Jherings[43]) Ansicht, es handle sich dann um Unvermögen, wenn das Recht, das der Verkäufer sich beilegt, „an sich existieren könnte, aber es sei überall nicht, oder nur in seiner Person nicht existiert“ (S. 70) herrschend. Ihr schließen sich auch die Motive[44]) an, indem sie ausführen: „Aus dem Grundsatze, daß das bloß subjektive Unvermögen die Gültigkeit des Vertrags unberührt läßt, beantwortet sich auch die insbesondere in der Doktrin des gemeinen Rechts bestrittene Frage, ob ein Vertrag über die Veräußerung einer nicht existierenden Forderung nichtig ist.“ Auf einem anderen Standpunkt steht für das gemeine Recht Mommsen.[45]) Er sagt, es handle sich dann um Unmöglichkeit, wenn die Forderung nie existiert oder ipso jure zu existieren aufgehört habe. Derselben Ansicht ist Bechmann:[46]) „Die Forderung, die nicht existiert, ist ebenso Null, wie die bloße, in der Einbildung vorhandene

[43]) Jhering a. a. O. S. 69 ff.
[44]) Motive II S. 177 (Mugdan S. 97).
[45]) Mommsen a. a. O. S. 134.
[46]) Bechmann a. a. O. II § 239.

Sache oder Erbschaft", Schollmeyer:[47]) „Eine nichtbestehende Forderung ist ebensowenig vorhanden wie eine nicht bestehende Sache". Diese Ansicht kann heute als die herrschende gelten. Ihr glaube ich mich unbedenklich anschließen zu können. Ich kann nicht einsehen, warum die Entstehungsmöglichkeit bei einem Forderungsrecht grundsätzlich anders wirken soll wie bei einer körperlichen Sache. Lediglich die Tatsache, daß die Person existiert, gegen die mir angeblich eine Forderung zusteht, kann unmöglich diese Verschiedenheit erklären.[48]).

2. Die Leistung besteht in einem facere.

Hier müssen wir in Anlehnung an Titze (Seite 67) die Verhinderungsgründe scheiden in solche, die in der Person des Schuldners gegründet sind (er ist krank oder tot) oder in solche, die in dem Substrat — dem Stück Außenwelt, an welchem er, mit welchem er, in welchem er tätig werden soll, — liegen. Sind die Gründe in der Person des Schuldners gegeben, dann müssen wir zunächst feststellen, ob er persönlich leisten muß, oder ob seine Dienste durch eine dritte Person vorgenommen werden können, und ob der Gläubiger die Erfüllung durch den Dritten annehmen muß. Nicht vertretbar ist z. B. die Leistung eines Künstlers, denn jedem Kunstwerk haftet die Individualität seines Schöpfers an und ein anderer Künstler kann einem anzufertigenden Kunstwerk nicht das Charakteristische der sonstigen Schöpfungen des Schuldners mitgeben. Kraft dispositiver Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches sind unvertretbar die Leistungen aus einem Dienstvertrag, einem Auftrag, einem Geschäftsbesorgungsvertrag sowie aus einem Verwahrungsvertrag. Hier liegt der Grund der Infungibilität der Leistung nicht in der mangelnden

---

[47]) Schollmeyer a. a. O. 153; ebenso Kleineidam S. 159 u. a.

[48]) In Jherings Beispiel, in dem es sich um die Uebertragung eines Erbbaurechts handelt, das nicht besteht, kann m. E. Unvermögen angenommen werden. Denn hier ist allerdings nicht der Schuldner, wohl aber der Eigentümer in der Lage, den Vertrag durch Bestellung des Erbbaurechts zu erfüllen. Das Erbbaurecht ist gewissermaßen als im Eigentum latent bestehend wohl aufzufassen.

Ersetzbarkeit der Leistung begründet, denn die Dienste eines Dienstmädchens z. B. sind in aller Regel so geartet, daß sie von jedem weiblichen Wesen mit normaler Begabung und normalem Fleiß verrichtet werden können; m. E. liegt der Grund der Unvertretbarkeit in diesen Fällen vielmehr darin, daß dem Gläubiger nicht zugemutet werden kann, das Vertrauen, das er einer bestimmten Person entgegenbringt und das ihn veranlaßt, sie in seine Dienste zu nehmen, auf jeden Dritten zu übertragen, der zur Leistung fähig und bereit ist.[49]) In allen diesen Fällen muß bei persönlicher Verhinderung — das Dienstmädchen wird krank; der Verwahrer stirbt; ber berühmte Verteidiger in Strafsachen, mit dem ein Extrahonorar vereinbart ist[50]), ist zu einer militärischen Uebung eingezogen und erhält am Terminstage keinen Urlaub — Unmöglichkeit angenommen worden. Dagegen liegt Unvermögen vor, wenn die Leistung des Schuldners vertretbar ist, z. B. beim Werkvertrag oder bei den oben berührten Vertragstypen dann, wenn die Anwendbarkeit der §§ 613 Abs. 1, 664, 713, BGB. durch ausdrückliche oder stillschweigende Parteivereinbarung ausgeschlossen ist.

Liegen die Hinderungsgründe in dem Substrat der Tätigkeit, dann wird man die oben zu I entwickelten Grundsätze anwenden müssen. Insbesondere wird man also feststellen müssen, ob das Substrat individuell oder generell bestimmt war.

III. Bei den Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen, liegt stets Unmöglichkeit vor, da stets der Schuldner persönlich seiner Unterlassungspflicht nachzukommen hat.

IV. Wir haben oben bereits darauf hingewiesen,[51]) daß Titze mit seiner Definition der Unmöglichkeit die Grenze zwischen Unvermögen und Unmöglichkeit verwischt. Seiner Begriffsbestimmung der Unmöglichkeit getreu hat er de lege ferenda die Beseitigung der Unterscheidung verlangt.[52]) Die

---

[49]) Dieser Grund liegt nicht vor bei der massenweisen Anstellung von Fabrikarbeitern. H. A. Fischer macht S. 21 ff. interessante Ausführungen, die dahin zielen, de lege ferenda derartige Dienstleistungen für vertretbar zu erklären. Dem kann m. E. unbedenklich zugestimmt werden.

[50]) (§ 675 BGB.) ebenso Fischer S. 24.

[51]) Siehe oben.

[52]) Titze a. a. O. S. 70 f. u. 247 ff.

Obligation — so führt er aus, schlinge ein Rechtsband nur um die Person des Gläubigers und des Schuldners. Deshalb könne der Gläubiger nur vom Schuldner — aber nicht auch von dritten Personen die Leistung verlangen. Aus diesem Grunde könne der Umstand, daß Dritte zur Bewirkung der Leistung fähig seien, für die Frage: „Welchen Einfluß hat das Nichtleistenkönnen des Schuldners auf dessen Leistungspflicht?“ unmöglich von Wichtigkeit sein.

Auch an dieser Stelle des Titze'schen Werks tritt die Tendenz, den Schuldner möglichst günstig zu stellen, deutlich hervor. Vom Standpunkt des Schuldners betrachtet, ist allerdings ein Grund zur Scheidung nicht ersichtlich. Dagegen ist die Scheidung von allergrößtem Interesse für den Gläubiger, der gegen den Willen des Schuldners und ohne dessen Kenntnis die — vertretbare — Leistung von einem Dritten annehmen kann. (§ 267 BGB.)

Die Scheidung hat zwar nicht ihren Grund in unantastbaren logischen Schlüssen, sondern allein in praktischen Erwägungen; der Gedanke, daß von jedem Schuldner ein Durchschnittsmaß von „Können“ verlangt werden muß, wenn ein gedeihliches Verkehrsleben möglich sein soll, führte dazu den Begriff des schuldnerischen Unvermögens zu schaffen und läßt ihn auch künftighin nicht entbehrlich erscheinen; jedenfalls so lange nicht, als die ursprüngliche Unmöglichkeit Nichtigkeit des Vertrags zur Folge hat.[53]) Den treffenden Ausführungen H. A. Fischers kann ich nur beipflichten. Er sagt:[54]) „Der treibende zivilpolitische Gedanke war offensichtlich der, daß im großen wirtschaftlichen Verkehrsleben sich der Gläubiger darauf muß verlassen können, daß ihm Leistungen, wie sie nach dem Durchschnittsmaß von jedem Menschen bezw. von einer größeren oder kleineren Gruppe von Menschen sehr wohl erbracht werden können, auch wirklich prästiert werden. Je mehr eine bestimmte Vertragsart dem wirtschaftlichen Großbetriebe dient, desto mehr nimmt sie in Ansehung der durch sie begründeten Leistungspflichten objektive Merkmale in sich auf . . . Kann der Schuldner bei (derartig) fungiblen Ver-

[53]) cf. unten § 10.

[54]) H. A. Fischer a. a. O. S. 13.

tragsobligationen [55]) die Leistung nicht erschwingen, so wäre abwegig und verkehrsfremd die Entscheidung, daß es von dem Vorhandensein eines Verschuldens des Schuldners an seiner persönlichen Hinderung abhängen müsse, ob er haften solle oder nicht. Eine derartige kurzsichtige Billigkeitserwägung entspricht nicht der höheren Gerechtigkeit, welche zugunsten des Verkehrs kategorisch erheischt, daß dem Gläubiger auf jeden Fall sein Interesse werde."

---

[55]) De lege lata nur: Leistung generell bestimmter Gegenstände. (§ 279 BGB.)

B. Arten der Unmöglichkeit.

§ 5. Uebersicht.

Im ersten Teil der Arbeit ist der Begriff der Unmöglichkeit bestimmt worden. In diesem Abschnitte sollen die Arten der Unmöglichkeit einer Erörterung unterzogen werden.

Mommsen hat in seinen Beiträgen zum Obligationenrecht[56]) zwei Unterscheidungen getroffen, denen praktisch nicht die geringste Bedeutung beizumessen ist.

Er setzt nämlich zunächst einen Begriff der absoluten Unmöglichkeit in Gegensatz zu einem der relativen Unmöglichkeit. Absolut unmöglich in seinem Sinn ist die Lieferung eines Hippocentaurus, das Zitieren von Geistern; relativ unmöglich die Leistung einer untergegangenen Sache. Die Unmöglichkeit der Leistung, die „schon in der Natur der Sache an sich" beruht, nennt er absolut, relativ unmöglich dagegen die Leistung, bei der die „Möglichkeit der Erwirkung durch Umstände ausgeschlossen ist, die sich auf den einzelnen Fall beziehen".

Die Tatsache, daß Fälle der absoluten Unmöglichkeit im ernsthaften Verkehr undenkbar sind, läßt zur Genüge die Bedeutungslosigkeit der Unterscheidung erkennen. Denn die Verpflichtung Geister zu zitieren kann nur im Scherz oder von einem Geisteskranken übernommen werden. Die Nichtigkeit der Obligation folgte demnach schon aus § 105 oder 118 BGB. Ferner unterscheidet Mommsen an derselben Stelle zwischen „juristischer" und „natürlicher" Unmöglichkeit. Unmöglichkeit in dem einen oder anderen Sinne liegt vor, je nachdem sie auf rechtliche oder tatsächliche Gründe zurückzuführen ist. Juristisch unmöglich ist die Verschaffung des Stockwerkeigentums, da dieses Rechtsinstitut dem Sachenrecht des Bürgerlichen Gesetzbuchs

[56]) Mommsen a. a. O. S. 4, 5.

fremd ist; oder auch die Uebereignung eines Grundstücks an einen Ausländer, dem die in Art. 88 EG. BGB. vorgesehene landesgesetzliche Genehmigung nicht erteilt ist. Ein Beispiel der natürlichen Unmöglichkeit bildet die Leistung einer nichtexistierenden Sache; hier beruht das „Nichtleistenkönnen" des Schuldners auf Naturgesetz.

Auch diese Unterscheidung ist ohne Bedeutung, da die rechtlichen Folgen der juristischen Unmöglichkeit dieselben sind wie die der natürlichen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch hat es deshalb mit Recht vermieden, seine Terminologie mit diesen beiden Scheidungen zu belasten.

Demgegenüber enthält das Gesetzbuch Unterscheidungen, die praktisch sehr bedeutsam sind. In § 275 und § 323 ff. BGB. spricht das Gesetz von nachträglicher Unmöglichkeit, der in § 306 BGB. die ursprüngliche Unmöglichkeit gegenübertritt. Außerdem kennt das Gesetz in § 307 Abs. 2, § 323 Abs. 1 Satz 2 eine teilweise Unmöglichkeit, die von der totalen Unmöglichkeit zu scheiden ist. Diesen beiden Unterscheidungen kommt auch für die vorliegende Arbeit größere Bedeutung zu. Sie werden deshalb einer näheren Erörterung in den beiden nächsten Paragraphen gewürdigt werden.

Außerhalb des Rahmens der Arbeit liegt die wichtige Scheidung zwischen der zu vertretenden und nicht zu vertretenden Unmöglichkeit. Sie hat nur Bedeutung bei der nachträglichen Unmöglichkeit.[57])

§ 6. **Ursprüngliche und nachträgliche Unmöglichkeit.**

Die Unterscheidung zwischen ursprünglicher und nachträglicher Unmöglichkeit hat das Gesetz im Rechte der Schuldverhältnisse nur bei Verbindlichkeiten, die auf einem Vertrage beruhen, aufgestellt. Außerdem kehrt sie im Gesetz nur noch wieder bei den Obligationen, die auf einem Vermächtnis beruhen. (§ 2171 BGB.). Daß die Scheidung auch bei einseitigen Schuldverhältnissen Bedeutung hat,

[57]) vgl. § 275, 279, 324, 325 BGB.

daß insbesondere die ursprüngliche Unmöglichkeit bei einseitigen Schuldverhältnissen ebenso wirkt wie bei Vertragsobligationen werden wir unten feststellen.[58])

Nur im § 306 BGB., der den Abschnitt „Schuldverhältnisse aus Verträgen" einleitet, ist der ursprünglichen Unmöglichkeit Erwähnung getan. In demselben Abschnitt (§§ 323 ff.) ist die nachträgliche Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen geregelt.

Der Begriff der nachträglichen Unmöglichkeit, die bereits in Titel „Verpflichtung zur Leistung" vom Gesetz behandelt ist, wird im § 275 BGB. bestimmt. Dieser Paragraph besagt:

> „Der Schuldner wird von der Verpflichtung der Leistung frei, soweit die Leistung infolge eines nach Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Umstandes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird. Eine nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträgliche Unvermögen gleich".

Danach ist also diejenige Unmöglichkeit nachträgliche, die nach Entstehung des Schuldverhältnisses eintritt.

Hieraus und aus dem Wortlaut des § 306 BGB. („Der auf eine unmögliche Leistung gerichtete Vertrag ist nichtig") folgt, daß die Unmöglichkeit, die „vor" oder „bei" Abschluß des Vertrages besteht, ursprüngliche Unmöglichkeit ist. Das Kriterium der Unterscheidung ist also ein zeitliches;[59]) maßgebend ist der Zeitpunkt, in dem der Vertrag, der die unmögliche Leistung zum Gegenstand hat, zustande gekommen ist. Um beide Begriffe von einander abgrenzen zu können, bedarf es der Erörterung, wann ein Vertrag als zustande gekommen anzusehen ist. Zur Beantwortung der Frage müssen in erster Linie die Bestimmungen der §§ 145 ff BGB. herangezogen werden.

Für den einfachsten Fall gilt § 147 BGB. Danach kommt ein Vertrag unter Anwesenden dann zustande, wenn

---

[58]) cf. unten § 8.

[59]) Titze a. a. O. S. 52

der Vertragsantrag vom Oblaten sofort angenommen worden ist. Dasselbe gilt, wenn der Antrag telephonisch von Person zu Person übermittelt wird. Unter Abwesenden wird der Vertrag perfekt im Moment des Eingangs der Annahmeerklärung, vorausgesetzt, daß der Eingang in die Zeitspanne fällt, in der der Antragende den Eingang unter regelmäßigen Umständen erwarten darf.[60])

Nach § 151 BGB. kommt ein Vertrag lediglich durch Annahme der Offerte — ohne ihre Erklärung — zustande, wenn eine Annahmeerklärung nach der Verkehrssitte nicht zu erwarten ist, oder der Antragende auf sie verzichtet hat. Ein Vertrag, der gerichtlich oder notariell beurkundet werden muß, (oder „soll" auf Grund einer Parteivereinbarung) ohne daß beide Teile gleichzeitig anwesend sind, wird mit der Beurkundung der Annahmeerklärung perfekt.

Diese dargelegten Regeln finden auch dann Anwendung, wenn ein Vertrag mit der Vereinbarung abgeschlossen wird, der Leistungsgegenstand solle noch näher bestimmt werden (§ 315 und 316 BGB.). Denn von der tatsächlichen Bestimmung ist die Perfektion des Vertrags nicht abhängig, vielmehr hindert die Nichtbestimmung nur den Vollzug der Erfüllung.

Die Frage, ob ursprüngliche oder nachträgliche Unmöglichkeit vorliege, wenn beim aufschiebend bedingten Vertrage die Leistung beim Vertragsschluß möglich ist, vor Eintritt der Bedingung aber unmöglich wird, ist in der Literatur verschieden beantwortet. Es wäre m. E. nötig — zum mindesten wünschenswert — gewesen, daß die Frage ausdrücklich im Gesetz eine Beantwortung gefunden hätte. Schollmeyer[61]) und Rehbein[62]) nehmen für diesen Fall ursprüngliche Unmöglichkeit an, während die herrschende Meinung[63]) dahin geht, es handle sich um nachträgliche

---

[60]) bezw. in die vom Antragenden zur Annahme gesetzten Frist. (§ 148 BGB.).

[61]) Schollmeyer a. a. O. S. 98

[62]) Rehbein a. a. O. S. 109.

[63]) u. a. vertreten von: Kisch S. 28 ff., Titze S. 54, H. A. Fischer S. 43 ff., Enneccerus, Lehrbuch S. 674, Cosack S. 337.

Unmöglichkeit. Gegen die herrschende Meinung macht sich nur das Bedenken geltend, daß mit Abschluß des bedingten Vertrags ein Schuldverhältnis noch nicht entstanden ist,[64]) dieses vielmehr erst mit Eintritt der Bedingung existent wird. Allein aus den nachfolgenden Erwägungen wird man doch dazu kommen müssen, diese Lücke des Gesetzes dahin auszufüllen, daß man der herrschenden Meinung im Erfolg recht gibt, und die Unmöglichkeit, die nach Vertragschluß, aber vor Eintritt der aufschiebenden Bedingung eintritt, wie eine nachträgliche Unmöglichkeit behandelt. Hierfür spricht zunächst die Tatsache, daß während des Schwebezustandes zwischen den Parteien (wenn auch noch kein Schuldverhältnis, so doch . . .) eine rechtliche Gebundenheit besteht, die in § 160 BGB. ihren Ausdruck findet:

„Wer unter einer aufschiebenden Bedingung berechtigt ist, kann im Falle des Eintritts der Bedingung Schadensersatz von dem anderen Teil verlangen, wenn dieser während der Schwebezeit das von der Bedingung abhängige Recht vereitelt oder beeinträchtigt".

Ein weiterer Beweis für die Richtigkeit der hier vertretenen Ansicht findet sich im ersten Entwurf zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Dieser enthielt nämlich in seinem § 238[65]) für einen Spezialfall der nachträglichen Unmöglichkeit folgende Bestimmungen: „Ist die dem Schuldner obliegende Leistung unmöglich geworden, so ist der Schuldner, wenn er infolge eines Umstandes, welcher die Unmöglichkeit herbeigeführt hat, für den Gegenstand des letzteren einen Ersatz oder Ersatzanspruch erlangt hat, verpflichtet, dem Gläubiger auf dessen Verlangen das als Ersatz Empfangene herauszugeben oder den Ersatzanspruch abzutreten. Dasselbe gilt, wenn der Schuldner die Leistung, ohne daß sie unmöglich geworden ist, zu bewirken außerstande ist". Im Absatz 2 dieses Paragraphen war folgende Bestimmung vorgesehen: „Dieselben Vorschriften finden auch dann Anwendung, wenn bei einem von einer aufschiebenden Bedingung oder Anfangstermine

---

[64]) Motive I S. 225.

[65]) Protokolle S. 633/34, (Mugdan 529/30).

abhängigen Schuldverhältnisse die Leistung vor Eintritt der Bedingung oder des Termins unmöglich geworden ist".

Dieser Absatz wurde von der Kommission gestrichen; die Mehrheit betrachtete seinen Inhalt als selbstverständlich.[66])

Außerdem ist für unsere Ansicht § 308 Abs. 3 BGB. verwertbar: „Wird eine unmögliche Leistung unter einer . . . . aufschiebenden Bedingung oder einem Anfangstermin versprochen, so ist der Vertrag gültig, wenn die Unmöglichkeit vor dem Eintritt der Bedingung oder des Termins gehoben wird." Hiernach ist also der Vertrag gültig, wenn die beim Vertragsschluß bestehende Unmöglichkeit vor Eintritt der Bedingung weggefallen ist. Mit den Motiven[67]) ist weiter zu schließen, daß der Vertrag wirksam bleibt, wenn die Unmöglichkeit der Leistung vor Eintritt der Bedingung wieder besteht. Diese Unmöglichkeit wird also als nachträgliche Unmöglichkeit angesehen werden müssen. Dies wird mit zwingender Notwendigkeit auch dann geschehen müssen, wenn die Unmöglichkeit erst nach Vertragsschluß — vor Eintritt der Bedingung entsteht.

Schließlich läßt sich noch gegen die gegnerische Ansicht ihr unbefriedigendes Resultat anführen, das sich am deutlichsten an Hand eines Beispiels für das schuldnerische Unvermögen zeigt:

a) X ist unbedingt zur Lieferung einer Sache verpflichtet; er verliert unverschuldet die Verfügungsmacht über die Sache. Nach § 275 BGB. wird er, da nachträgliches Unvermögen vorliegt, befreit.

b) X ist bei gleicher Sachlage aufschiebend bedingt verpflichtet; kurz vor Eintritt der Bedingung verliert er die Verfügungsmacht. Die gegnerische Ansicht nimmt hier ursprüngliches Unvermögen an. Diesem kommt keine befreiende Wirkung zu; er haftet vielmehr dem Vertragsgegner auf das Erfüllungsinteresse.[68])

---

[66]) Protokolle S. 633/34 (Mugdan S. 529/30).

[67]) Motive II S. 180 (Mugdan S. 99).

[68]) So die herrschende Meinung gegen Stammler a. a. O. S. 107.

X wäre danach also im Falle a) trotz der engeren, unbedingten kontraktlichen Bindung besser gestellt wie im Falle b), wo er nur bedingt verpflichtet ist.

Um im einzelnen Fall entscheiden zu können, ob ursprüngliche oder nachträgliche Unmöglichkeit vorliege, bedarf es zweier tatsächlichen Feststellungen, nämlich dahin:

1. Wann war der Vertrag perfekt?
2. In welchem Zeitpunkt war die Unmöglichkeit eingetreten?

Die Beantwortung beider Fragen wird in der Praxis auf große Schwierigkeiten stoßen.

Denn die meisten Geschäfte des menschlichen Lebens werden formlos abgeschlossen. Dazu kommt, daß viele Abschlüsse gewohnheitsmäßig vor sich gehen und demgemäß Einzelheiten in der Erinnerung gar nicht oder nur unvollkommen haften bleiben. Die Hausfrau, die tagtäglich Haushaltungsgegenstände bestellt, wird schwerlich nach 8 Tagen noch sagen können, an welchem Tage sie einen bestimmten Gegenstand bestellt hat; wieviel geringer ist die Aussicht, daß sie sich der Stunde oder gar der Minute ihrer Bestellung erinnert? Daß es aber auf Stunden, ja auf Minuten ankommen muß, läßt sich nicht vermeiden, wie in allen Fällen, in denen die Rechtsordnung mit Tagen, Stunden und Minuten als „juristisch relevanten Tatsachen operiert". [69])

Außerordentlich erschwert wird auch noch die Feststellung dieses Zeitpunktes dadurch, daß zwischen dem Tag, an dem das Geschäft abgeschlossen worden ist und dem Moment, in welchem ein Zeuge Auskunft über den fraglichen Zeitpunkt geben soll oder in dem die eine oder andere Partei hierüber einen zugeschobenen Eid leisten soll, gewöhnlich eine längere Zeitspanne liegt. Denn meist wird erst in einem Prozeß die oben gestellte Frage ihre Erledigung finden.

Denselben Schwierigkeiten wird die zweite Feststellung, in welchem Zeitpunkt die Unmöglichkeit eingetreten ist, in der Praxis begegnen. Denn Ereignisse vollziehen sich häufig, ohne daß sie unsere Aufmerksamkeit auf sich lenken; erst

---

[69]) Titze a. a. O. S. 59.

die Tatsache, daß sie geschehen sind, wird von uns gemerkt. Aber auch hier kommt es darauf an, zu ermitteln, ob ein Ereignis an einem bestimmten Tage, zu einer bestimmten Stunde oder Minute eingetreten war oder nicht. Dabei ist zu beachten, daß es nur auf den Zeitpunkt ankommt, in dem sich das Ereignis vollständig begeben hat. Ohne Bedeutung ist es, ob es sich schon bei Vertragsschluß abzuwickeln begonnen hat; maßgebend ist vielmehr lediglich der Moment, in dem die Schlußtatsache, die die Unmöglichkeit unmittelbar zur Folge hat, vorlag. [70])

Diese Schwierigkeiten bei der notwendigen Feststellung beider Zeitmomente lassen sich nicht gegen die vom Gesetz getroffene Scheidung anführen; ebensowenig das oft äußerlich erscheinende Resultat, wenn Minuten entscheiden, ob ursprüngliche oder nachträgliche Unmöglichkeit anzunehmen ist. Denn das teilt diese Unterscheidung mit all den Fällen, bei denen einem Zeitmomente eine entscheidende Wirkung von der Rechtsordnung beigemessen wird. Härten, die sich hierbei ergeben, lassen sich im Interesse der „Praktibilität" des Rechts nicht vermeiden (Jhering). [71])

De lege ferenda hat sich am schärfsten Titze gegen die Beibehaltung der Scheidung zwischen ursprünglicher und nachträglicher Unmöglichkeit ausgesprochen. Er führt aus, man könne von ursprünglicher Unmöglichkeit in doppeltem Sinne sprechen. Einmal so, daß man in denjenigen Fällen wo die Leistung zu der Zeit, in der sie bewirkt werden sollte, nicht bewirkt werden könne, wo es also wirklich zu einer Unmöglichkeit der Leistung komme, man zufolge einer nach rückwärts schauenden Betrachtung das Urteil abgebe: Die Gründe für die Unmöglichkeit der Erfüllung waren bei der Entstehung des Schuldverhältnisses schon sämtlich vorhanden. Hier stelle man lediglich die ursprüngliche Unmöglichkeit in begrifflichen Gegensatz zur nachträglichen Unmöglichkeit. Außerdem könne man aber die ursprüngliche Unmöglichkeit in Gegensatz zur nachträglichen Unmöglickeit und zur nachträglichen Möglichkeit stellen. Dabei lasse man den Moment der Fälligkeit der Leistung

[70]) Ebenso H. A. Fischer a. a. O. S. 45.
[71]) Titze a. a. O. S. 54.

aus dem Auge und blicke ausschließlich auf den Zeitpunkt der Entstehung des Schuldverhältnisses. Ursprünglich unmöglich müsse man bei dieser Betrachtungsweise eine Leistung schon dann nennen, wenn sie bei Vertragsschluß nicht bewirkt werden könne, gleichgültig, ob sie in diesem Moment erfüllt werden solle oder nicht. In diesem Sinne gebrauche unser Gesetzbuch den Begriff der ursprünglichen Unmöglichkeit.[72]) Das Urteil, eine Leistung sei in einem bestimmten Moment unmöglich, habe aber nur dann einen Wert, wenn die Leistung in diesem Moment bewirkt werden solle. Da aber im Moment des Vertragsschlusses die Leistung in aller Regel nicht prästiert zu werden brauche, so könne der Begriff der ursprünglichen Unmöglichkeit insofern er nichts weiter besage, als daß der Schuldner in diesem Zeitpunkt nicht zu leisten vermöge, für die Beantwortung der Frage: Welchen Einfluß hat die Unmöglichkeit der Leistung auf die schuldnerische Verpflichtung? offenbar nutzbringend nicht sein.[73])

Diesen Ausführungen Titze's kann nicht beigepflichtet werden.[74]) Titze übersieht an dieser Stelle, daß bei der Frage, ob eine Leistung möglich oder unmöglich sei, „alle Momente des geschuldeten Leistens" beachtet werden müssen. Ein Leistungsmoment ist aber, wie Titze (S. 32) selbst ausführt, die Zeit der Leistung. In allen Fällen, in denen die Leistung nach dem Vertragsschlusse bewirkt werden soll, kann erst dann von einer Unmöglichkeit gesprochen werden, wenn der Schuldner am Fälligkeitstermin nicht leisten konnte. Ursprünglich ist diese Unmöglichkeit, wenn sie auf Gründen beruht, die bei Vertragsschluß bestanden und sie (die Unmöglichkeit) in der Zeit zwischen Vertragsschluß und Fälligkeitstermin nicht behoben war. Vorher hat das Urteil: „Die Leistung ist unmöglich", wie Titze ganz richtig sagt, gar keinen Wert. Es hat auch keine Berechtigung, denn das Gesetz zwingt hierzu keineswegs. Zu gründen wäre ein solches Urteil nur auf § 306. Dieser Paragraph ist aber in seiner Bedeutung durch

---

[72]) Titze a. a. O. S. 53.

[73]) Titze a. a. O. S. 58.

[74]) Ebenso Kleineidam II S. 155 ff. H. A. Fischer a. a. O. S. 40. Krückmann I S. 106 ff. Reinke S. 30 ff.

§ 308 BGB. sehr eingeschränkt. Nur äußerlich ist in ihm die Regel enthalten, während sie in Wirklichkeit in § 308 BGB. ihren Ausdruck gefunden hat. Denn bei richtiger Auslegung findet dieser Paragraph nicht nur auf die Fälle Anwendung, in denen dem Vertrag eine Bedingung oder ein Anfangstermin ausdrücklich beigefügt ist, sondern er hat auch überall da Geltung, wo aus den Umständen auf die Beifügung einer Bedingung oder eines Anfangstermines zu schließen ist. Das ist aber ganz zweifellos bei den meisten Geschäften des Lebens der Fall.

Eine Beseitigung der Unterscheidung zwischen ursprünglicher und nachträglicher Unmöglichkeit ist m. E. de lege ferenda nur angängig, wenn der Grundsatz des § 306 ganz aufgegeben werden kann. Hierauf wird im Schlußteil der Arbeit (§ 10) zurückzukommen sein.

§ 7. Totale und teilweise Unmöglichkeit.

Jeder Leistungspflicht sind drei wesentliche Momente charakteristisch: Zunächst findet sich immer das gegenständliche Moment, das der Leistung ihren spezifischen Inhalt gibt, sodann das zeitliche Moment, denn keine Leistung kann „irgend wann" erbracht werden, schließlich das örtliche, denn keine Leistung kann „irgendwo" bewirkt werden.[75])

X verpflichtet sich, dem Gutsbesitzer Y 10 bestimmte Kühe — das gegenständliche Moment — am 1. Juli 1913 — das zeitliche Moment — auf den Gutshof des Y — das örtliche Moment — zu liefern.

Die Unmöglichkeit des gegenständlichen Moments — die zehn Kühe sind krepiert — führt natürlicherweise zur totalen Unmöglichkeit. Die Tatsache, daß die Bewirkung des Leistungsgegenstandes unmöglich geworden ist, läßt die Frage nach der Möglichkeit bezüglich der beiden anderen Momente nicht mehr zu; sie werden ganz selbsverständlicherweise von jener Unmöglichkeit miterfaßt.

---

[75]) Titze a. a. O. S. 31 f. H. A. Fischer a. a. O. S. 33 f.

Von diesem Falle, in dem es sich um Unmöglichkeit hinsichtlich sämtlicher Momente handelt, sind die Fälle zu scheiden, in denen sich die Unmöglichkeit nur auf eines der drei Momente erstreckt.

1. Die Unmöglichkeit besteht bezüglich des Leistungsgegenstandes.

Zunächst ist zu bemerken, daß totale Unmöglichkeit stets dann vorliegt, wenn vom Leistungsgegenstand garnichts bewirkt werden kann; z. B. das zu liefernde Gemälde ist verbrannt. Hieraus ist jedoch nicht der Schluß berechtigt, daß stets dann teilweise Unmöglichkeit vorliege, wenn ein Teil der Leistung erbracht werden kann. — Im obigen Beispiele kann X von den 10 geschuldeten Kühen 8 liefern; Y soll auf Grund eines Kaufvertrags ein Meißner Eßservice, das nur einmal hergestellt ist, liefern, zwei Teller davon sind zerbrochen; Z soll am 1. Juli 1913 einen eingefahrenen Viererzug liefern, am 1. Juni ist ein Pferd eingegangen. In allen diesen Fällen ist der Schuldner in der Lage, einen Teil der geschuldeten Leistung zu erbringen, dennoch müssen die Fälle verschieden behandelt werden. Die Annahme teilweiser Unmöglichkeit ist nämlich davon abhängig zu machen, ob nach der Natur und dem Wesen der geschuldeten Leistung eine teilweise Erfüllung der Obligation in Frage kommen kann, und der Gläubiger zur Entgegennahme der teilweisen Erfüllung verpflichtet ist. Eine teilweise Erfüllung kann nur dann in Frage kommen, wenn die geschuldete Leistung in mehrere inhaltsgleiche Leistungen [76]) zerlegbar ist und durch die Bewirkung dieser mehreren Leistungen derselbe Erfolg herbeigeführt wird wie durch die einmalige Leistung des geschuldeten Gegenstands. Für die weitere Frage, ob sich der Gläubiger teilweise Erfüllung gefallen lassen muß, ist in erster Linie der Wille der Parteien maßgebend. Eventuell muß ihr mutmaßlicher Wille festgestellt werden. Hierfür wird entscheidend sein, ob die

---

[76]) Enneccerus, Lehrbuch S. 573.

Leistungen nur „in ihrer Vollendung bezw. Totalität" Interesse für den Gläubiger hat.[77])[78])

In Befolgung dieser Grundsätze wird man annehmen müssen, daß durch den Tod der zwei von den 10 Kühen eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt ist. Denn der Käufer wird an der Lieferung der 8 Kühe sicherlich noch ein Interesse haben. Dagegen ist durch den Tod des einen Pferdes vom Viererzug totale Unmöglichkeit der Leistung eingetreten. An der Lieferung der drei übrigen Pferde kann dem Käufer meist nichts liegen; die Leistung der drei Pferde stellte der geschuldeten Leistung „Viererzug" gegenüber ein „aliud" dar.[79])

Zweifelhaft erscheint die Entscheidung in dem Beispiele mit dem einzigartigen Meißner Eßservice. Ist der Käufer ein Antiquar, der das Service stückweise an Sammler weiter zu verkaufen beabsichtigt, dann wird man teilweise Unmöglichkeit anzunehmen berechtigt sein; ist es dagegen gekauft, um als Hochzeitsgeschenk gegeben zu werden, dann wird man sich für totale Unmöglichkeit entscheiden müssen. Denn nur das vollständige Service ist als Hochzeitsgeschenk geeignet; nur in seiner Vollständigkeit entspricht es dem mit der Obligation angestrebten Zweck.

Von verschiedenen Schriftstellern[80]) werden auch die Fälle der Mangelhaftigkeit einer auf Grund eines Kauf- oder Mietvertrags zu leistenden Sache als teilweise Unmöglichkeit behandelt. Das erscheint mit Rücksicht darauf, daß das

---

[77]) Staudinger a. a. O. S. 131.

[78]) vgl. Art. 1218 Code civil: L'obligation est indivisible, quoique la chose ou le fait soit divisible par sa nature, si le rapport, sous lequel elle est considérée dans l'obligation ne la rend pas susceptible d'exécution partielle.

[79]) Bei diesem Beispiel zeigt es sich, daß die Frage, ob teilweise oder totale Unmöglichkeit anzunehmen ist, ganz verschieden zu beantworten ist, je nachdem man auf das Interesse des Verkäufers oder Käufers blickt. Vom Standpunkt des Verkäufers wird man hier wohl teilweise Unmöglichkeit annehmen können. Denn ihm ist regelmäßig damit gedient, wenn ihm die drei Pferde zu entsprechend reduziertem Preis abgenommen werden. (Vgl. Komm. d. RGRäte zu 275 BGB.).

[80]) z. B. Titze S. 277, Kisch S. 193 ff., H. A. Fischer S. 35.

Gesetz für diese Tatbestände besondere Normen aufgestellt hat, zunächst überflüssig.

Mit Krückmann[81]) halte ich es auch für theoretisch bedenklich, weil dadurch Grenzlinien verwischt werden, „die im Interesse der Wissenschaft nicht klar und scharf genug gezogen werden können". Allein nicht nur diese theoretische Erwägung spricht gegen die Subsumierung; sie trägt auch für die Praxis eine große Gefahr in sich. Nach der herrschenden Meinung[82]) muß nämlich der Beklagte, der sich auf die Unmöglichkeit der Gegenleistung beruft, diese Unmöglichkeit beweisen. Ist ferner streitig, wie weit die Unmöglichkeit reicht, so muß er auch nachweisen, ein wie großer Teil der Gegenleistung unmöglich geworden ist. Dagegen ist es Sache des Klägers, den Nachweis zu erbringen, daß er seine Leistung mängelfrei erbracht hat. Rechnet man also die Fälle der Mangelhaftigkeit einer Sache zur teilweisen Unmöglichkeit, so läuft man Gefahr, die Beweislast unrichtig zu verteilen; man würde nämlich auch dem beklagten Käufer den Nachweis, daß ihm mangelhaft geleistet ist, aufbürden müssen, der ihn nur für den Fall treffen soll, daß er die mangelhafte Leistung als Erfüllung angenommen hat, (§ 363 BGB.).

Totale Unmöglichkeit liegt auch vor, wenn der Verkäufer einer Sache zwar die Sache übergeben kann, er aber nicht imstande ist, dem Käufer das Eigentum an der Sache zu verschaffen. Denn Uebergabe und Eigentumsverschaffung zusammen bilden den Inhalt der Verkäuferverpflichtung nach § 433 BGB. Nur an ihrer Totalität hat der Käufer Interesse.

2. Die Unmöglichkeit besteht bezüglich des örtlichen Moments.

Hat sich der Schuldner verpflichtet, an einem bestimmten Ort seine Leistung zu bewirken, und kommt er dieser Verpflichtung nicht nach, sondern leistet er an einem anderen Orte, so leuchtet es ohne weiteres ein, daß diese Leistung eine vollständige Erfüllung der Obligation nicht sein kann. Kommt der Vereinbarung, daß an einem bestimmten Ort

[81]) Krückmann a. a. O. I S. 169 f.

[82]) Leonhard (II) S. 377, Enneccerus S. 680 und die dort Zitierten.

die Leistung erbracht werden solle, die Bedeutung zu, daß nur die Leistung am bestimmten Ort als Erfüllung angesehen werden kann, dann wird man von einer totalen Unmöglichkeit sprechen müssen, wenn der Schuldner nur an einem anderen als dem ausbedungenen Ort zu liefern vermag. Hat z. B. ein Traiteur ein Festessen auf das Gut des X zu liefern und liefert er es in das Stadthaus des X, weil das Gut durch Ueberschwemmung vom Verkehr abgeschnitten ist, dann wird diese Leistung nicht als Erfüllung angesehen werden können, da sie in dieser Gestalt für den X überhaupt keinen Wert hat.

Tritt dagegen das örtliche Moment in den Hintergrund, hat die Leistung an einem andern als dem vereinbarten Ort Wert — wenn auch verminderten — für den Gläubiger, dann liegt, wenn der Schuldner die Bestimmungen über den Leistungsort nicht einhalten kann, teilweise Unmöglichkeit der Leistung vor. Dies wird im täglichen Leben den Regelfall bilden, denn nur in seltenen Fällen wird der Gläubiger gerade „Nur-Interesse“ an der Leistung am bestimmten Ort haben.

3. Die Unmöglichkeit besteht bezüglich des zeitlichen Moments.

Ebenso wie die Nichteinhaltung der vertraglichen Bestimmung über den Leistungsort eine Leistung vollständig entwerten kann, kann auch die Nichtbefolgung der Vereinbarung über die Zeit der Leistung den Charakter als Vertragserfüllung nehmen. Ob dem zeitlichen Moment eine so ausschlaggebende Rolle zukommen soll, ist Tatfrage. Maßgebend für die Entscheidung in dem einen oder anderen Sinne, wird der ausdrücklich oder stillschweigend kundgegebene, oder der aus dem Vertragszweck zu entnehmende mutmaßliche Parteiwille sein müssen. In diesem Sinne hat sich auch die Judikatur ausgesprochen. So erkennt das Reichsgericht in einer Entscheidung an [83]), daß „nicht jedes vorüber-

[83]) In Seuff. Arch. 45 S. 282, 83.; ähnl. R. O. H. Bd. 4 S. 174: Natur und Zweck des Vertrags sollen darüber entscheiden, ob das objektiv aufgefasst nur zeitweilige Hindernis als ein dauerndes zu behandeln ist. Vgl. auch R. O. H. 10 S. 294/95.

gehende Hindernis der Vertragserfüllung eine die Obligation aufhebende Unmöglichkeit herbeiführt, sondern diese Wirkung nur einer derart dauernden Behinderung beigemessen werden darf, daß durch dieselbe der Zweck des Vertrags und der Inhalt der kontraktlichen Leistung wesentlich beeinträchtigt wird." Habe ich mir z. B. einen Kutscher bestellt, der mich zu einem bestimmten Zug bringen soll, und kann er erst bei mir eintreffen, wann der gewählte Zug bereits abgefahren ist, so wird die Erfüllung des Vertrags für immer ausgeschlossen sein. Oder: Habe ich mir ein Fenster gemietet, um einem Festzug zuzusehen, so werde ich kein Interesse an der Ueberlassung des Fensters haben, wenn es mir erst eingeräumt werden kann, wann der Festzug fast ganz die betreffende Straße passiert hat. In beiden Fällen wird deshalb totale Unmöglichkeit anzunehmen sein.

Im allgemeinen wird aber dem zeitlichen Moment eine derartig integrierende Bedeutung nicht beizulegen sein; es wird vielmehr meist nicht so sehr darauf ankommen, daß genau am Fälligkeitstermin die Leistung erbracht wird; der Schuldner wird in einer angemessenen Zeitspanne nachher noch leisten dürfen, der Gläubiger wird diese Leistung als Erfüllung noch annehmen müssen. Wenn man nun bedenkt, daß die so erbrachte Leistung nicht ganz der geschuldeten Leistung entspricht, die geschuldete Leistung sich auch nicht mehr gehörig bewirken läßt, da der vereinbarte Fälligkeitsmoment für immer verstrichen ist, so kann man dazu kommen, hier eine teilweise Unmöglichkeit bezüglich des zeitlichen Moments für vorliegend zu erachten. Gegen die Berechtigung einer solchen Annahme spricht jedoch unser geltendes Recht. Denn für diese Fälle sind die Unmöglichkeitsregeln ausgeschlossen und nur die besonders aufgestellten Normen über den Verzug anwendbar. Irgend welche Vorteile sind mit der — logisch nicht widerlegbar erscheinenden — theoretischen Einbeziehung dieser Fälle unter die Unmöglichkeit nicht verbunden. Im Gegenteil: Die Subsumierung wird die klare Auseinanderhaltung der zwei selbständigen Begriffe Unmöglichkeit und Verzug, nur beeinträchtigen. Es ist deshalb m. E. mit Recht in neuerer Zeit gegen diese Ein-

beziehung, die hauptsächlich Titze eingehend behandelt hat, Front gemacht worden.[84]) Für die Unmöglichkeitslehre kommen danach nur die Tatbestände in Frage, bei denen die Nichtleistung zur bestimmten Zeit den Vertragszweck wesentlich vereitelt, wo — wie oben ausgeführt — totale Unmöglichkeit angenommen werden muß. Eine teilweise Unmöglichkeit bezüglich des zeitlichen Moments kommt — um es noch einmal zu wiederholen — überhanpt nicht in Betracht.

---

[84]) Titze a. a. O. S. 35. Dagegen Oertmann Vorbem. zu § 275 und die dort Zitierten. Staudinger Vorbem. zu § 275 f. Krückmann a. a. O. I. S. 70 ff.

C. Die gesetzliche Regelung der ursprünglichen Unmöglichkeit.

§ 8. I. Nichtigkeit des Vertrages nach § 306.

Die Folgen, die unser Recht an das Vorliegen der ursprünglichen Unmöglickeit knüpft, sind in §§ 306—308 BGB. ausgesprochen. Der Teil des Bürgerlichen Gesetzbuchs, in dem diese Paragraphen Platz gefunden haben, ist überschrieben: „Schuldverhältnisse aus Verträgen I. Titel, Begründung; Inhalt des Vertrags." Aus dem Wortlaut des § 306 und aus der Stellung der §§ 306—308 im System des Gesetzbuchs könnte man schließen, daß diese Vorschriften nur auf Vertragsobligationen anwendbar wären. Es wird jedoch in der Wissenschaft [85]) allgemein [86]) angenommen, daß diese Bestimmungen auch für die einseitigen Schuldverhältnisse insbesondere auf die Auslosung und Schuldverschreibung auf den Inhaber Geltung haben. Ausdrücklich war dies in § 343 I. E. angeordnet: „Wird ein einseitiges Versprechen von dem Gerichte als verbindlich anerkannt, so finden auf das daraus entstehende Schuldverhältnis die für die Schuldverhältnisse aus Verträgen geltenden Grundsätze entsprechende Anwendung, soweit nicht das Gesetz ein anderes bestimmt." Dieser Paragraph ist bei der zweiten Lesung als selbstverständlich gestrichen.[87])

Auf die entsprechende Anwendung der §§ 306 und 308 auf einseitige Schuldverhältnisse weist auch die Existenz des

---

[85]) Die Praxis der obersten Gerichte hat sich mit dieser Frage m. W. noch nicht beschäftigt.

[86]) Mathias I S. 303, will § 307 bei einseitigen Schuldverhältnissen nicht angewendet wissen; dagegen m. E. mit Recht Titze S. 211, Anm. 2.

[87]) Mugdan S, 614, 615.

§ 2171 BGB. hin. Danach ist ein Vermächtnis, das auf eine ursprünglich unmögliche Leistung gerichtet ist, nichtig.[88] [89]

Nach § 306 BGB. führt die ursprüngliche Unmöglichkeit der Leistung zur Nichtigkeit des Vertrags. Ob die teilweise Unmöglichkeit zur Nichtigkeit des ganzen Vertrags führt ist nach § 139 BGB. zu beurteilen. Danach ist festzustellen, ob der Vertrag auch ohne den nichtigen Teil vorgenommen sein würde. Kommt man zu dem Schlusse, daß der Vertrag auch ohne den nichtigen Teil geschlossen sein würde, so ist der Vertrag nur bezüglich des unmöglichen Teils der Leistung nichtig, im übrigen gültig. Im anderen Falle fällt der ganze Vertrag der Nichtigkeit anheim.

Ist eine von mehreren wahlweise geschuldeten Leistungen von Anfang an unmöglich, dann beschränkt sich das Wahlrecht nach § 265 Satz 1 auf die möglichen Leistungen. Diese Beschränkung greift Platz, ohne Rücksicht, ob die ursprünglich unmögliche Leistung total oder nur teilweise unmöglich ist.[90] Ist jedoch die Unmöglichkeit nur einer anfänglich möglichen Leistung vom Nichtwahlberechtigten verschuldet, dann tritt diese Beschränkung nicht ein. Dies folgt unzweideutig aus Satz 2 vom § 265 BGB. Der Wahlberechtigte kann also in diesem Falle durch Wahl der ursprünglich unmöglichen Leistung die Nichtigkeit des ganzen Vertrags herbeiführen.

II. Ausnahmen vom Grundsatze des § 306.

Von dem Grundsatze des § 306 hat das Gesetz sowohl allgemeine, d. h. für alle Verträge in Betracht kommende —

---

[88] § 307 kann selbstverständlich hier keine Anwendung finden. Das verbietet sich aus der Natur des Vermächtnisses.

[89] Allermann a. a. O. S. 35 f. hat ausführlich dargelegt, daß es zu unbilligen Resultaten führen würde, wenn man die analoge Anwendung von § 306 für die einseitigen Obligationen ausschließen wollte.

[90] And. Ans. Schollmeyer S. 71. Gegen die Ansicht Schollmeyers spricht ihr unbefriedigendes Resultat. Der Gläubiger müßte mit dem möglichen Teil einer Leistung zufrieden sein, während die übrigen Leistungen vollständig prästiert werden können.

wie besondere d. h. nur für bestimmte Vertragstypen geltende Ausnahmebestimmungen getroffen.

1. Die erste Ausnahme von § 306, der allgemeine Bedeutung zukommt, finden wir in § 308 Abs. 1 BGB.:

> „Die Unmöglichkeit der Leistung steht der Gültigkeit des Vertrages nicht entgegen, wenn die Unmöglichkeit gehoben werden kann und der Vertrag für den Fall geschlossen ist, daß die Leistung möglich wird".

Die Wirksamkeit eines Vertrags nach § 308 Abs. 1 BGB. setzt danach zweierlei voraus. Einmal muß die bei Vertragsschluß bestehende Unmöglichkeit behoben werden können; es darf sich m. a. W. um keine dauernde Unmöglichkeit handeln. Gleichgültig ist es jedoch, ob der Wegfall der Unmöglichkeit wahrscheinlich oder unwahrscheinlich, bald nach Vertragsschluß oder erst kurz vor der Fälligkeit zu erwarten ist. Zum anderen muß den Parteien bei Vertragsschluß die Unmöglichkeit der Leistung bekannt sein. Denn nur dann können sie einen Vertrag schließen, dem als Bedingung das „Möglichwerden" der Leistung beigefügt ist. Haben dagegen die Parteien den Vertrag in Unkenntnis der Unmöglichkeit geschlossen, dann liegt ein unbedingter Vertrag vor, der der Nichtigkeit nach § 306 anheimfällt, sofern nicht seine Gültigkeit aus Abs. 2 von § 308 BGB. folgt. (Siehe unten zu 2). Abwegig wäre es, wenn man einen solchen Vertrag als unter der stillschweigenden Bedingung des „Möglichwerdens" der Leistung geschlossen betrachten wollte. Eine dahingehende Auslegung des Parteiwillens wäre willkürlich und durch nichts gerechtfertigt. Denn es besteht nicht einmal eine gesetzliche Vermutung für eine solche Bedingtheit.[91])

Auf den bedingten Vertrag des § 308 Abs. 1 BGB. finden die allgemeinen Vorschriften über die Bedingung (§ 158 ff. BGB.) Anwendung. Insbesondere folgt aus § 162 BGB., daß der Wegfall der Unmöglichkeit als eingetreten gilt, wenn die Partei, der das Möglichwerden der Leistung zum Nachteil gereichen würde, das Möglichwerden wider Treu und Glauben

---

[91]) Motive II S. 180 (Mugdan S. 99); Titze a. a. O. S. 216.

verhinderte. Außerdem kann der Anspruch aus einem solchen Vertrage nach § 916 Abs. 2, 936 CPO. durch Arrest bezw. einstweilige Verfügung gesichert werden; er findet auch gemäß §§ 67, 154 KO. Berücksichtigung im Konkurs.

2. Die zweite Ausnahme allgemeinen Charakters vom Grundsatze des § 306 statuiert Abs. 2 vom § 308:

> „Wird eine unmögliche Leistung unter einer anderen aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins versprochen, so ist der Vertrag gültig, wenn die Unmöglichkeit vor Eintritt der Bedingung oder des Termins gehoben wird."

Diese Vorschrift bezieht sich auf solche Fälle, in denen die Parteien das Möglichwerden der Leistung nicht als Bedingung (wie nach Abs. 1 von § 308) in ihren Vertrag aufgenommen haben. Das wird dann hauptsächlich der Fall sein, wenn die Parteien im Moment des Vertragsschlusses überhaupt keine Ahnung von der Unmöglichkeit haben, oder aber, sie zwar Kenntnis davon haben, mit dem Möglichwerden der Leistung jedoch als einer bestimmt eintretenden Tatsache rechnen, sodaß ihnen das Setzen einer Bedingung, wie sie Abs. 1 von § 308 vorsieht, überflüssig erscheint. Abgesehen von der „anderen" Bedingung wollen sie also einen unbedingt gültigen Vertrag schließen. Wirksamkeit erlangt jedoch erst der Vertrag, wenn die Unmöglichkeit „vor" Eintritt der Bedingung weggefallen ist. Zu Zweifeln kann das Wort „vor" Anlaß geben. Es könnte nämlich erforderlich erscheinen, daß die Leistung wirklich früher möglich geworden sein müsse, als die Bedingung eintritt. Gegen eine solche Interpretation spricht der § 308 BGB. korrespondierende § 346 I. E.:

> „Wird ein Vertrag über eine solche Leistung unter einer anderen Bedingung geschlossen, so ist der Vertrag gültig, seine Wirksamkeit aber nicht davon abhängig, daß bis zur Zeit der Erfüllung der Bedingung die Unmöglichkeit weggefallen ist".

Unter diese Bestimmung ist nämlich auch bei wörtlicher Auslegung der Fall einzubeziehen, daß Bedingung und Wegfall der Unmöglichkeit der Leistung gleichzeitig eintreten.[92])

[92]) Ebenso Kleineidam a. a. O. I S. 33 ff., Schollmayer a. a. O. S.

Denn hier heißt es „bis“ zur Zeit der Erfüllung der Bedingung. Bei Aenderung des § 346 I. E. ist nun nicht zum Ausdruck gebracht worden, daß dieser Fall unter den neuen Wortlaut nicht miteinbegriffen sein soll.[93]) Es läßt sich auch in der Tat kein Grund finden, der die streng wörtliche Interpretation des „vor“ in § 308 Abs. 2 gerechtfertigt erscheinen läßt. Man wird vielmehr anzunehmen berechtigt sein, daß sachlich durch den neuen Wortlaut nichts geändert werden sollte.

Andrerseits ist es nicht nötig, daß die einmal eingetretene Möglichkeit der Leistung bis zum Eintritt der Bedingung bestehen bleibt. Vielmehr ist und bleibt der Vertrag nach § 308 Abs. 2 gültig, wenn die Unmöglichkeit nach Vertragsschluß in irgend einem Moment einmal weggefallen war. Die danach wieder eintretende Unmöglichkeit wird als nachträgliche Unmöglichkeit angesehen werden müssen.[94])

Es ist ferner für die Anwendbarkeit des § 308 Abs. 2 ohne Belang, ob sich die spätere Möglichkeit der Leistung als Folge einer Reihe von adäquaten oder inadäquaten Geschehnissen darstellt.[95])

Wir haben bereits oben gesagt, daß in den Fällen des § 308 Abs. 2 die Parteien — abgesehen von der „anderen“ Bedingung — den Abschluß eines unbedingt gültigen Vertrages wollen. Es erhebt sich deshalb notwendigerweise die Frage, welche Bedeutung dem Vertrag bis zum Wegfall der Unmöglichkeit, auf dem ja seine Wirksamkeit beruht, zukommt. Gegen die Annahme eines bedingten Vertrags spricht der Wille der Parteien. Es bliebe sonach nur die Möglichkeit, ihn als ein „Nichts“ — ein nihil actum zu betrachten. Allein dieser Konstruktion stehen schwerwiegende Bedenken entgegen. Zunächst stünde nämlich dem Gläubiger nur der unzulängliche Schutz des § 826 BGB. zur Seite, während die Fiktion des § 162 BGB. zu seinen Gunsten nicht herangezogen werden könnte; außerdem wäre er weder in der Lage, seinen Anspruch

---

[93]) Vgl. Mugdan S. 99 und 617.

[94]) Motive II S. 180 (Mugdan S. 99)

[95]) So m. E. zutreffend Titze S. 219.

durch Arrest bezw. einstweilige Verfügung zu sichern, noch könnte er ihn trotz der größten Wahrscheinlichkeit, daß die Unmöglichkeit gehoben wird, im Konkurse anmelden. Mit Rücksicht auf diese unhaltbaren Konsequenzen muß m. E. die Annahme eines „nihil actum" abgelehnt werden. Der einzig gangbare Weg, zu einem billigen, praktisch brauchbaren Resultat zu kommen, ist die Titze'sche Konstruktion eines gesetzlich bedingten Vertrages.[96]) „Danach wäre das Verhältnis so zu denken, daß in jedem Falle, wo ein Vertrag über eine Leistung abgeschlossen wird, die im Moment des Vertragsschlusses nicht möglich, aber auch zu dieser Zeit noch nicht fällig ist, ein vorläufig gültiges Schuldverhältnis entsteht, dessen Fortbestand von Gesetzeswegen an die Bedingung geknüpft ist, daß die Leistung noch vor Eintritt der Fälligkeit oder spätestens in diesem Zeitpunkte möglich wird." Bei Ausfallen der Bedingung ist demnach der Vertrag als von Anfang an nichtig zu betrachten. So lange der Vertrag noch in der Schwebe ist, sind die allgemeinen Vorschriften über die Bedingung insbesondere § 162 BGB. anzuwenden; der bedingte Anspruch kann nach § 916 Abs. 2, 936 CPO. durch Arrest oder einstweilige Verfügung gesichert werden, er findet nach §§ 67, 154 KO. Berücksichtigung im Konkurs.

3. Die dritte und letzte allgemeine Ausnahme von § 306 bietet der Fall des Garantieversprechens. Sie beruht nicht wie die beiden soeben besprochenen auf Gesetz, sondern auf Parteiabrede. Bei Abschluß eines Vertrages vereinbaren nämlich die Parteien oft, daß, falls die Leistung vom Schuldner nicht erbracht werden könne,[97]) er eine Ersatzleistung — Schadens- oder Wertersatz — zu prästieren habe. Eine derartige Garantieübernahme muß nicht notwendigerweise ausdrücklich erklärt werden; vielmehr wird oft aus dem Zweck des Vertrags und den besonderen Umständen des Falles auf eine stillschweigende Garantieübernahme zu schließen sein. Besonders oft wird man dies bei unentgeltlichen Verträgen tun müssen. Ist z. B. dem X eine Sache, die ihm bei Ver-

[96]) Titze a. a. O. S. 220.

[97]) Ohne Rücksicht darauf, ob das Nichtleistenkönnen bei Vertragsschluß schon besteht oder erst später eintritt.

tragsschluß schon gehört, schenkungsweise versprochen worden, so wird man dann den Schenker zum Wertersatz verpflichtet halten müssen, wenn feststeht, daß nicht gerade diese bestimmte Sache dem X zugewendet werden sollte, sondern, daß er überhaupt etwas zu Geschenk erhalten sollte. Eine eingehende Kasuistik zu dieser Frage findet sich bei Titze S. 213, 105 ff., auf die verwiesen werden kann.

Außer in diesen Fällen, denen allgemeine Bedeutung zukommt, ist das Prinzip noch im besonderen Teil der Schuldverhältnisse, insbesondere im § 437 und 459 Abs. 2 durchbrochen. Diese Gesetzesstellen sollen nur einer kurzen Betrachtung gewürdigt werden, da wir es hier nur mit den allgemeinen Grundsätzen der ursprünglichen Unmöglichkeit zu tun haben.

4) § 437 BGB. behandelt den Verkauf von Forderungen und sonstigen Rechten, insbesondere Wertpapieren. Daß entgegen der Ansicht der Motive[98]), die Nichtexistenz einer verkauften Forderung Unmöglichkeit und nicht nur schuldnerisches Unvermögen bedeutet, haben wir bereits oben nachgewiesen[99]). Nach der Regel müßte also der Kaufvertrag über eine derartige Forderung nichtig sein. § 437 bestimmt dagegen: „Der Verkäufer einer Forderung oder eines sonstigen Rechtes haftet für den rechtlichen Bestand der Forderung oder des Rechts. Der Verkäufer eines Wertpapieres haftet auch dafür, daß es nicht zum Zwecke der Kraftloserklärung aufgeboten ist.“ Daraus folgt, daß der Vertrag über eine nichtexistierende Forderung (ein nichtexistierendes sonstiges Recht) wirksam ist. Ohne Bedeutung ist es für die Gültigkeit (Haftung für den rechtlichen Bestand), ob die Forderung nie bestanden hat, bei Vertragsschluß erloschen oder durch Einrede entkräftbar war. — Diese gesetzliche[100]) Garantieübernahme beruht allein auf dem praktischen Grunde, daß der Käufer einer Forderung nie in der Lage ist, sich zweifelsfrei davon zu überzeugen, ob der Leistungsgegenstand existiert, er sich also im wesentlichen auf die Angaben des Verkäufers verlassen muß,

[98]) Mugdan S. 97 (Motive II. S. 177)

[99]) Vgl. oben § 4, I, 3.

[100]) Im Gegensatz zur rechtsgeschäftlich vereinbarten; oben Ziff. 3.

während der Käufer einer beweglichen Sache sich in aller Regel, der Käufer eines Grundstücks sich stets diese Gewißheit verschaffen kann.[101]) Muß der Käufer einer Forderung oder eines Rechts allein schon aus der Benennung oder der näheren Beschreibung des Rechts die Nichtexistenz erkennen, wie z. B. wenn ihm eine Aktie über 50 Mark zum Kauf angeboten wird, dann entfällt dieser praktische Grund. Auf solche Verträge — die also auf die Uebertragung von Rechten, die überhaupt nicht existieren können, gerichtet sind — muß deshalb die Regel des § 306 angewendet werden.

5) § 459 Abs. 2: „Der Verkäufer haftet auch dafür, daß die Sache zur Zeit des Uebergangs der Gefahr die zugesicherten Eigenschaften hat." Während nach § 462 der Käufer wegen eines Mangels nur Wandelung oder Minderung verlangen kann, gibt § 463 das Recht, im Falle des Fehlens von zugesicherten Eigenschaften statt Wandelung oder Minderung Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen. Ein Unterschied ist nicht zu machen, ob die Leistung mängelfrei erbracht werden kann oder nicht; auch ist es gleichgültig, ob das „Nichtleistenkönnen" bereits bei Abschluß des Kaufvertrags bestand oder nicht. Die Unmöglichkeitsregeln sind hier also nicht anwendbar, vielmehr haben die Vorschriften der §§ 459 ff. ausschließlich Geltung. Nach § 493 BGB. sind diese besonderen Vorschriften, die gleichfalls eine Garantiehaftung statuieren, auch bei anderen Verträgen anzuwenden, die auf Veräußerung oder Belastung einer Sache gegen Entgelt gerichtet sind.

§ 9. Das negative Vertrags-Interesse.

Nach § 306 entstehen zwischen den Parteien, die einen auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrag abgeschlossen haben, keine kontraktliche, das sind gewollte Rechtsbeziehungen. Damit ist noch nicht gesagt, daß überhaupt keine Rechte und Pflichten zwischen den Kontrahenten entstehen können.

---

[101]) Ebenso Bechmann Bd. II S. 438/39. Schollmeyer S. 253, Enneccerus, Lehrb. S. 638 vgl. auch l. 5. D. 18, 1.

Jedenfalls hat das Gesetz eine derartige Konsequenz nicht gezogen. Es hat vielmehr im § 307 unter bestimmten Voraussetzungen an den Vertragsschluß Rechtsbeziehungen — natürlicherweise von den Parteien nicht gewollte — geknüpft. § 307 hat folgenden Wortlaut:

> „Wer bei der Schließung eines Vertrags, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, die Unmöglichkeit kennt, oder kennen muß, ist zum Ersatz des Schadens verpflichtet, den der andere Teil dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Gültigkeit des Vertrages hat. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der andere Teil die Unmöglichkeit kennt oder kennen muß.
>
> Abs. 2: Dieselben Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn die Leistung nur teilweise unmöglich und der Vertrag in Ansehung des möglichen Teils gültig ist oder wenn eine von mehreren wahlweise versprochenen Leistungen unmöglich ist."

Im § 307 handelt es sich um den Ersatz des sogenannten negativen Vertrags- oder Klarheitsinteresses. Ueber den Umfang und die Natur desselben werden wir weiter unten zu sprechen haben. Zunächst wollen wir klarstellen, wer ersatzpflichtig sein kann, und unter welchen Voraussetzungen überhaupt die Ersatzpflicht eintritt.

I. Aus dem Wortlaut des Paragraphen geht unzweideutig hervor, daß sowohl der eine Teil, der bei der Gültigkeit des Vertrages Schuldner geworden wäre, wie der andere Teil, der Gläubiger geworden wäre,[102]) ersatzpflichtig sein kann. Allein Bähr[103]) hat für den § 345 I. E., der dem heutigen § 307 entsprach, die Haftung des „Gläubigers" bestritten und eine solche nur aus § 826 BGB. zulassen wollen. Diese Ansicht ist jedoch als mit dem klaren Wortlaut des Gesetzes in Widerspruch stehend abzulehnen; gleichwohl kann zugegeben werden.

---

[102]) Im folgenden die an sich nicht korrekten Bezeichnungen Schuldner und Gläubiger der Kürze halber beibehalten.

[103]) Bähr a. a. O. S. 374.

daß der Schutz des § 826 BGB. praktisch für den Schuldner ausreichen würde.

II. 1. Voraussetzung der im § 307 vorgesehenen Haftung ist, daß der Schuldner oder Gläubiger die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muß, d. h. infolge Fahrlässigkeit nicht kennt. Die Frage, ob in solchen Fällen, in denen nach dem Gesetz für die Erfüllung des beabsichtigten Schuldverhältnisses eine mindere Sorgfaltspflicht verlangt wird, dieselbe Erleichterung auch bei der Schuld Platz greift, die § 307 zur Haftung auf das negative Vertragsinteresse voraussetzt, ist in der Literatur nicht einheitlich beantwortet. Titze[104]) will dieselbe Erleichterung, die bei Erfüllung einzelner Schuldverhältnisse zugunsten eines Vertragsteils angeordnet ist, auch für das Verschulden bei Vertragsschluß angewendet wissen. Im § 307 — so führt er aus — handle es sich zwar nicht um ein kontraktliches, wohl aber um eine aus Anlaß eines Kontraktschlusses begangene Schuld. Wo das Gesetz eine mindere Sorgfaltspflicht statuiere, geschehe das in aller Regel deshalb, weil der Verkehr eine geringere Sorgfaltspflicht erfordere, so daß sich auch die mindere Sorgfalt schließlich immer als die im Verkehr erforderliche Sorgfalt darstelle. Da aber der Verkehr vom Schuldner bezüglich des Vertragsschlusses sicherlich keine größere Diligenz verlange, als ihm in Ansehung der Erfüllung des Vertrags obliege, so wäre es dem vom Gesetz angenommenen Fahrlässigkeitsbegriff direkt widerlaufend, wollte man dem Schenker, soweit es sich um seine Haftung für das negative Vertragsinteresse handle, zur Beobachtung von omnis diligentia verpflichten.

Gegen Titze's Ansicht spricht zunächst der Wortlaut des § 307. Denn hier redet das Gesetz von Kennen und Kennenmüssen, also von Vorsatz und Fahrlässigkeit schlechthin. Hätte der Gesetzgeber wirklich beabsichtigt, daß die bei Erfüllung einzelner Schuldverhältnisse statuierte mindere Sorgfaltspflicht auch bei Vertragsschluß zugunsten eines Teils Geltung haben sollte, dann hätte er dies sicherlich unzweideutig zum Ausdruck gebracht. Irgend welche Schwierigkeiten wären dabei

---

[104]) Titze S. 226.

nicht zu überwinden gewesen. Gegen eine solche Absicht des Gesetzgebers lassen sich aber die Motive zu § 345 I. E., der dem jetzigen § 307 entspricht, ins Feld führen. Denn hier heißt es: [105]) „Der Entwurf bleibt, indem er als Voraussetzung für die Haftung Fahrlässigkeit verlangt, mit allgemeinen Grundsätzen, wonach Schadensersatzpflicht, abgesehen von besonderen Fällen nur im Falle einer Verschuldung begriffen ist, im Einklange. Er stellt aber einen absoluten Maßstab auf, in dem er allgemein die Anwendung der Sorgfalt eines ordentlichen Hausvaters nach Maßgabe des § 144 Abs. 1 (I. E.) verlangt."

Schließlich ist Titze noch entgegenzuhalten, daß die bei der Erfüllung einzelner Schuldverhältnisse festgesetzte geringere Sorgfaltspflicht ihren inneren Grund nur darin hat, daß der eine Teil lediglich oder wenigstens zum größten Teil aus dem Schuldverhältnis Vorteil zieht. Dieser Grund entfällt jedoch bei der Haftung aus § 307, da hier ja gerade ein gültiger Vertrag nicht zustande gekommen ist.[106])

Ist sonach zwar die Titze'sche Ansicht abzulehnen, so wird man doch nicht sagen können, daß sich ein Schenker in gleicher Weise wie ein Verkäufer nach § 307 haftbar mache. Denn die Frage, ob überhaupt ein Verschulden vorliegt, wird der „Verkehr" nach milderen Grundsätzen bei der Schenkung beurteilen wie beim Kauf.[107])

2. Eine weitere Voraussetzung der Haftung auf das negative Vertragsinteresse stellt Satz 2 von § 307 auf. Danach verpflichtet die Kenntnis oder fahrlässige Unkenntnis der Unmöglichkeit den Schuldner nur dann zum Ersatz des negativen Vertragsinteresses, wenn dem Gläubiger die Unmöglichkeit unbekannt war, und diese Unkenntnis nicht auf Fahrlässigkeit beruhte. Die Frage, ob die Haftbarkeit des einen Teils — des Schuldners — nur dann entfällt, wenn seinem Verschulden ein äquivalentes Verschulden des Gläubigers gegenübersteht, wird in der Literatur allgemein unter Hinweis auf den Wort-

---

[105]) Mugdan S. 98 (Motive Bd. II S. 179).

[106]) Gegen Titze insbesondere auch Kleineidam S. 37 ff., Schollmeyer S. 153, Planck zu § 307.

[107]) Ebenso vermittelnd: Brock a. a. O. S. 200. Enneccerus Lehrb. S. 636.

laut des Gesetzes verneint. Allein Oertmann[108]) vertritt die Ansicht, daß nur ein äquivalentes Verschulden des Gläubigers die Haftbarkeit des Schuldners ausschließe. Er begründet seine Meinung im wesentlichen mit § 254 BGB., den er auch auf § 307 analog angewendet wissen will. Der Oertmann'schen Ansicht ist m. E. beizupflichten und die herrschende Lehre damit abzulehnen. Denn es erscheint mir unbillig, daß der eine Teil, der Kenntnis von der Unmöglichkeit hat — also vorsätzlich handelt — durch eine bloße Fahrlässigkeit der Gegenseite von der Haftung aus § 307 frei werden soll. Ein stichhaltiger Grund ist m. E. nicht ersichtlich, warum in diesem einen Fall, der „sonst im BGB. durchgängig besonders scharf behandelte Vorsatz" begünstigt werden soll. Der hier vertretene Standpunkt ist auch keineswegs unvereinbar mit dem Wortlaut des Gesetzes, den die herrschende Lehre lediglich gegen ihn anzuführen weiß. Man kann nämlich den Wortlaut, ohne ihm Zwang anzutun, dahin auslegen, daß die Alternative „oder kennen muß" im Satze 2 nur derselben Alternative im Satze 1 gegenüberstehen soll.

Praktische Bedeutung hat die Frage nur für den Fall, daß der einen Seite Vorsatz zur Last fällt, ohne daß der Tatbestand des § 826 BGB. gegeben ist. Meist wird aber da, wo der eine Teil trotz Kenntnis der Unmöglichkeit kontrahiert, eine gegen die guten Sitten verstoßende, vorsätzliche Schädigung der Gegenseite angenommen werden müssen. Alsdann kann der andere Teil aus § 826 BGB. Ersatz des positiven Schadens verlangen.

III. Der Umfang des negativen Vertragsinteresses ergibt sich aus dem Wortlaut des § 307. Es ist derjenige Schaden zu ersetzen, den der andere Teil dadurch erlitten hat, daß er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut — wie Mommsen treffend definiert[109]) . . . . „der dadurch entstanden ist, daß von dem Geschäft überhaupt die Rede war". Noch klarer wird der Begriff, wenn wir der Definition folgende Form geben: Es sind diejenigen Nachteile zu ersetzen, die der

[108]) Oertmann Anm. 4 zu § 307. Zustimmend Leonhard, II S. 66, RG. in Seuff. Arch. Bd. 60, S. 352.

[109]) Mommsen a. a. O. S. 107.

andere Teil nicht erlitten hätte, falls er die Nichtigkeit des Vertrags gekannt hätte. Der Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses ist nach oben begrenzt. Es geht niemals über das Interesse hinaus, das der Geschädigte an der Erfüllung des Geschäfts hat, m. a. W. der Ersatzpflichtige braucht höchstens so viel zu leisten, (unter keinen Umständen mehr . . . . .) als er bei Gültigkeit des Vertrags hätte leisten müssen. Innerhalb dieser Grenze kann der Geschädigte nach § 252 BGB. nicht minder den entgangenen Gewinn, d. h. denjenigen, der nach dem gewöhnlichen Lauf der Dinge „gemacht werden konnte und gemacht worden wäre" als den wirklichen Schaden ersetzt verlangen.

Die Frage, wann der Anspruch aus § 307 BGB. verjährt, läßt sich nur dann beantworten, wenn wir uns über seine rechtliche Natur klar geworden sind. In dieser Beziehung bietet uns unser Gesetzbuch keinen Anhaltspunkt. Nach den Motiven[110]) ist mit Absicht die Frage, ob die Haftung aus § 307 eine Haftung aus Delikt oder wegen rechtsgeschäftlicher Verpflichtung ist, nicht entschieden und ihre Lösung der Wissenschaft vorbehalten worden. Deshalb darf m. E. aus der Stellung des § 307 im System des Bürgerlichen Gesetzbuchs überhaupt kein Schluß gezogen werden; vielmehr müssen wir, um zu einer Lösung zu kommen, auf die „historische Quelle der Vorschrift" zurückgreifen. Im § 307 handelt es sich um die sogenannte culpa in contrahendo des gemeinen Rechts. Den Anspruch aus culpa in contrahendo hielt Jhering[111]) für einen kontraktlichen, während die herrschende Lehre[112]) ihn für einen außerkontraktlichen ansah. Damit kann aber nicht gemeint sein, daß der Anspruch seiner Natur nach ein deliktischer sei. Dies ergibt sich mit aller Deutlichkeit aus den Digestenstellen,[113]) die hauptsächlich für die Frage in Betracht kommen, insbesondere aus l 8 § 1 D. 11,7. In dieser Stelle wird nämlich die Klage

---

[110]) Motive II S. 179 (Mugdan S. 98).

[111]) Jhering a. a. O. S. 29.

[112]) z. B. Windscheid II § 307 Anm. 5, Dernburg Pand. II § 10 Anm. 10.

[113]) l. 62 § 1 D. d. contr. empt. 18, 1, § 5 Inst. d. empt. et vend. 3, 23; 18 § 1 D. de rel. 11, 7; l. 8 D. de hered. vend. l. 8, 4 und l. 9 eod.

aus der culpa in contrahendo als eine „actio quasi ex empto“ bezeichnet und es heißt von ihr . . . et in heredem competit. Nach römischem Recht war aber eine Deliktsklage niemals passiv vererblich. Andererseits wird der Anspruch auch nicht als kontraktlicher angesehen werden können, denn das setzte das Bestehen eines Vertragsverhältnisses voraus. Es ist sonach der Anspruch weder ein kontraktlicher noch ein deliktischer; er steht zwischen beiden als selbstständige Kategorie.[114]) Dies wird auch für unser geltendes Recht angenommen werden müssen; es ist keineswegs aus der Alternative der oben berührten Stelle der Motive der Schluß berechtigt, daß er nach Ansicht des Gesetzgebers der einen oder anderen Kategorie einzureihen wäre.

Es unterliegt somit der Anspruch aus § 307 nicht der dreijährigen Verjährungsfrist des § 852 BGB. Es bliebe auf den ersten Blick nur die Möglichkeit bestehen, ihn der allgemeinen 30jährigen Verjährungsfrist des § 195 BGB. zu unterwerfen.[115]) Damit kämen wir aber zu dem Resultat, daß der Anspruch aus § 307 in vielen Fällen erheblich später verjährte, als der Erfüllungsanspruch verjähren würde, wenn ein wirksamer Vertrag zustande gekommen wäre. Denn für die meisten Ansprüche des täglichen Lebens sehen die §§ 196 ff. BGB. — abweichend von der Regel des § 195 — eine kürzere Verjährungsfrist vor. Mit diesen kurzen Verjährungsfristen, die in Wirklichkeit die Regel bilden, soll dem Interesse des Verkehrs gedient werden. Denn das wirtschaftliche Leben erheischt schnelle Abwicklung alltäglicher Geschäfte. Durch die Kürze der Verjährungsfristen soll der Berechtigte gezwungen werden, streitige Ansprüche in einer Zeit zur entgültigen Erledigung zu bringen, in der der Sachverhalt noch mit einiger Sicherheit klarzustellen ist, insbesondere der Gegner seine Einwendungen ungeschwächt vorzubringen imstande ist. Diese kurzen Verjährungsfristen fänden also auf das negative Vertragsinteresse nach § 307 keine Anwendung. Dieses Ergebnis scheint mir nicht der Billigkeit zu entsprechen, denn dieselben Gründe, die zu den kurzen Verjährungsfristen

[114]) Ebenso Kleineidam S. 39 ff. Brock S. 195 ff.

[115]) So Brock S. 198. Kleineidam S. 41.

für den Erfüllungsanspruch führten, sind bei dem Anspruch des § 307 in gleicher Weise gegeben. Außerdem widerspricht m. E. die 30jährige Verjährungsfrist dem Grundgedanken des § 307, daß das negative Interesse hinter dem Erfüllungsanspruch zurückstehen soll. Ich halte es deshalb allein für gerechtfertigt, für das negative Vertragsinteresse dieselben Verjährungsfristen maßgebend sein zu lassen, die auf den Erfüllungsanspruch angewendet werden müßten, wenn der Vertrag gültig wäre.[116])

Aus dieser gleichmäßigen Behandlung des Anspruchs aus § 307 mit dem Erfüllungsanspruch ist jedoch nicht der Schluß berechtigt, daß auch andere Bestimmungen, die auf den kontraktlichen Anspruch Geltung haben, auf den Anspruch des § 307 Anwendung finden müßten.

Eine derartige Bestrebung finden wir bei Titze (S. 231). Er vertritt nämlich die Ansicht, daß die Pfänder und Bürgen, die für den Schuldvertrag bestellt sind, auch für den Ersatzanspruch aus § 307 haften. Nach §§ 767, 1210 BGB. ist für die Haftung des Pfandgegenstands und die Verpflichtung des Bürgen „der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit" maßgebend. Titze faßt den Anspruch des § 307 auch als „jeweiligen Bestand der Hauptverbindlichkeit" auf; er begründet dies folgendermaßen: „Wenn auch das von den Parteien gewollte Schuldverhältnis nicht zustandegekommen und das zustande gekommene von ihnen nicht gewollt ist, so hat doch letzteres indirekt seine Entstehung dem von den Parteien geäußerten Vertragswillen zu verdanken, und darum dürfte es gerechtfertigt sein, auch den außerkontraktlichen Anspruch des § 307 als „jeweiligen Bestand" (der nicht ins Leben getretenen Hauptverbindlichkeit) zu betrachten." Dagegen ist mit Brock[117]) geltend zu machen, daß der Anspruch aus § 307 in gar keinem kausalen Verhältnis mit der beabsichtigten Hauptverbindlichkeit steht; denn ersterer beruht auf der Unwirksamkeit des Vertrags, jener wäre aus dem wirksamen Vertrag zur Entstehung gelangt. Schon allein aus diesem Grunde kann man unmöglich sagen, daß der Anspruch aus

[116]) So Titze S. 229, Oertmann zu § 307, Staudinger zu § 307.

[117]) Brock a. a. O. S. 199.

§ 307 der jeweilige Bestand der Hauptverbindlichkeit ist. In welcher Weise sollte sich denn dieser aus jener entwickelt haben? Entwickeln kann sich naturgemäß nur etwas, was vorhanden war. Eine Hauptverbindlichkeit hat aber nie bestanden. Der jeweilige Bestand einer nie zur Entstehung gelangten Verbindlichkeit ist ebensosehr ein logisches Unding wie etwa Lebensäußerungen einer Totgeburt. Außerdem aber kommt es auf die indirekte Entstehung des Ersatzanspruches aus dem Vertragswillen gar nicht an. Durch Bürgschaft und Pfand soll nach dem Gesetz eine Verpflichtung, die aus dem Vertrag entspringt, gesichert werden, aber nicht eine solche, die aus dem Vertragswillen entsteht.

Wer den Anspruch aus § 307 geltend macht, hat die ursprüngliche Unmöglichkeit sowie die Kenntnis bezw. fahrlässige Unkenntnis des Beklagten von der Unmöglichkeit zu erweisen. Sache des Beklagten ist es,[118]) Beweis dafür zu erbringen, daß dem Kläger die Unmöglichkeit gleichfalls bekannt war, bezw. aus Fahrlässigkeit unbekannt war.

Ist die Leistung teilweise unmöglich und ist der Vertrag nach § 139 BGB. zum Teil nichtig und zum Teil gültig, dann muß der Ersatzpflichtige dem andern Teile denjenigen Schaden ersetzen, den dieser nicht erlitten haben würde, wenn er die teilweise Nichtigkeit des Vertrages gekannt hätte. Dies bestimmt ausdrücklich Abs. 2 von § 307.

Außerdem ist in diesem Absatz die entsprechende Anwendung der Vorschrift des Absatz 1 für den Fall festgesetzt, daß eine von mehreren wahlweise versprochenen Leistungen ursprünglich unmöglich ist. Folgende Fälle sind hier möglich:[118a])

A) Wahlberechtigt ist der Schuldner.

I. Kenntnis von der Unmöglichkeit hatte (bezw. hätte haben müssen) gleichfalls der Schuldner.

1. Nach § 265 BGB. muß der Schuldner die mögliche Leistung wählen. Eine Haftung aus § 307 kommt nicht in

---

[118]) So die herrschende Meinung gegen Leonhard I S. 367.

[118a]) zum Folgenden vgl. Titze S. 231 ff., Brock S. 135 ff.

Frage. Denn wenn alle Leistungen möglich wären, hätte der Gläubiger ja auch diejenige Leistung, auf die sich nach § 265 Satz 1 sein Wahlrecht beschränkt, erbringen können.

2. Die mögliche Leistung geht durch Zufall unter und zwar in einem Moment, in dem der Schuldner von seinem Wahlrecht noch keinen Gebrauch gemacht hatte. Hier steht dem Gläubiger ein Anspruch aus § 307 BGB. zu. Bei der Feststellung der Haftungsgrenze ist nach der Wahl des Schuldners eine der Leistungen — auch die ursprünglich unmögliche — zugrunde zu legen.

3. Die mögliche Leistung geht vor Wahl des Schuldners durch ein Verschulden desselben unter. In diesem Falle kann der Gläubiger positives Vertragsinteresse verlangen. Dem Schuldner ist ein Wahlrecht — wie im Falle zu 2. — nicht einzuräumen.[119])

4. Die mögliche Leistung geht durch ein Verschulden des Gläubigers unter. Hier hat der Gläubiger überhaupt keinen Anspruch.

5. Beide Leistungen waren ursprünglich unmöglich, der Schuldner kannte jedoch nur die Unmöglichkeit bezüglich einer Leistung. Der Schuldner haftet auf das negative Vertragsinteresse. Bei Feststellung der Haftungsgrenze ist ihm ein Wahlrecht wie oben zu 2. zu gewähren.

II. Kenntnis von der Unmöglichkeit hatte (bezw. hätte haben müssen) der Gläubiger.

1. Nach § 265 ist das Wahlrecht des Schuldners auf die mögliche Leistung beschränkt. Ihm steht jedoch gegen den Gläubiger ein Anspruch aus § 307 zu.

2. Beide Leistungen waren ursprünglich unmöglich. Der Gläubiger hatte jedoch nur Kenntnis von der Unmöglichkeit einer Leistung. Der Schuldner hat Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses. Ein Wahlrecht wie oben bei I., 2 und 5 steht ihm nicht zu; vielmehr ist die Haftungsgrenze nach der Leistung zu bestimmen, deren Unmöglichkeit der Gläubiger kannte.

---

[119]) So m. E. mit Recht Brock S. 138 Anm. 18 gegen Titze.

3. Die mögliche Leistung geht vor der Wahl aus Zufall unter. Es gilt das soeben zu 2 Gesagte.

4. Die mögliche Leistung geht durch Verschulden des Schuldners unter. Hier tritt dem Anspruch auf negatives Vertragsinteresse, der dem Schuldner zusteht, ein positiver Erfüllungsanspruch des Gläubigers gegenüber. Sind mehr als zwei Leistungen möglich und geht nur eine durch Verschulden des Schuldners unter, dann gilt das zu 2 Gesagte.

5. Die mögliche Leistung ist durch Verschulden des Gläubigers untergegangen. Die Beschränkung im Wahlrecht ist nach § 265 Satz 2 für den Schuldner entfallen. Er kann also die ursprünglich unmögliche Leistung wählen, dann führt er die Nichtigkeit des ganzen Vertrags herbei und er kann Ersatz des negativen Vertragsinteresses verlangen. Er kann aber auch die anfänglich mögliche durch Verschulden des Gläubigers untergegangene Leistung wählen; alsdann stehen ihm die Rechte aus § 324 BGB. zu.

B) Wahlberechtigt ist der Gläubiger.

I. Kenntnis von der Unmöglichkeit hatte (bzw. hätte haben müssen) der Schuldner.

1. Das Wahlrecht des Gläubigers unterliegt der Beschränkung des § 265 BGB. Satz 1. Von dem Schuldner kann er gemäß § 307 Ersatz des Schadens verlangen, den er nicht erlitten hätte, falls die Beschränkung seines Wahlrechts nicht Bestand hätte.

2. Sind beide Leistungen ursprünglich unmöglich, kannte der Schuldner aber nur die Unmöglichkeit einer Leistung, dann haftet er dem Gläubiger auf das negative Vertragsinteresse. Zur Feststellung der Haftungsgrenze ist die Leistung zu Grund zu legen, deren Unmöglichkeit der Schuldner kannte.

3. Wird die mögliche Leistung vor der Wahl des Gläubigers durch Zufall unmöglich, dann hat der Gläubiger Anspruch auf Ersatz des negativen Vertragsinteresses. Es gilt im übrigen das zu 2 Gesagte.

4. Geht die mögliche Leistung durch Verschulden des Schuldners unter, dann fällt die Beschränkung des Wahlrechts

des Gläubigers nach Satz 2 von § 265 weg. Der Gläubiger kann die ursprünglich unmögliche Leistung wählen und so die Nichtigkeit des Vertrags herbeiführen. Ihm steht alsdann ein Anspruch aus § 307 zu. Wählt er die durch Verschulden des Schuldners nachträglich unmöglich gewordene Leistung, dann kann er Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

5. Die mögliche Leistung ist durch Verschulden des Gläubigers untergegangen. Hier gilt das zu 3 Gesagte.

II. Kenntnis von der Unmöglichkeit hatte der Gläubiger.

1. Das Wahlrecht des Gläubigers beschränkt sich auf die mögliche Leistung. Der Schuldner hat keinen Anspruch aus § 307.

2. Die mögliche Leistung geht durch Zufall unter. Hier kann der Schuldner sein negatives Vertragsinteresse ersetzt verlangen, jedoch kann der Gläubiger die Leistung bestimmen, die für die Feststellung der Haftungsgrenze maßgebend sein soll.

3. Die mögliche Leistung ist durch Verschulden des Schuldners untergegangen. Der Schuldner hat in diesem Fall überhaupt keinen Anspruch.

4. Die mögliche Leistung ist durch die Schuld des Gläubigers unmöglich geworden. Die Beschränkung des Wahlrechts ist für den Gläubiger nach Satz 2 von § 265 BGB. weggefallen. Er kann die ursprünglich unmögliche Leistung demgemäß wählen. Dann fällt der ganze Vertrag der Nichtigkeit anheim, und er macht sich aus § 307 BGB. ersatzpflichtig. Wählt der Gläubiger die anfänglich mögliche Leistung, dann fällt der Anspruch aus § 307 weg; der Schuldner behält jedoch nach § 324 BGB. den Anspruch auf Gegenleistung.

5. Sind beide Leistungen ursprünglich unmöglich, kannte der Gläubiger aber nur die Unmöglichkeit einer Leistung, dann haftet er dem Schuldner aus § 307. Der Gläubiger kann die Leistung bestimmen, die der Feststellung der Haftungsgrenze zugrunde gelegt werden soll.

D. Anhang.

§ 10. Kritik des Satzes: Impossibilium nulla obligatio.[120])

I. Die Richtigkeit des im § 306 BGB. ausgesprochenen Grundsatzes, daß ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig ist, steht für alle die Fälle unzweifelhaft fest, in denen die Vertragschließenden die dauernde Unmöglichkeit der Leistung kennen. Für diese Fälle hätte es aber dieses besonderen Grundsatzes nicht bedurft. Denn es leuchtet ohne weiteres ein, daß wer sich das Zitieren von Geistern versprechen läßt, wer ein totes Rennpferd zu dem Zweck kauft, um es demnächst starten zu lassen, oder wer sich hierzu verpflichtet, entweder im Scherz handelt oder geisteskrank ist. Denkbar ist es auch, — besonders im Falle des toten Rennpferds — daß die Parteien zum Schein handeln, um Dritte in irgend einer Weise zu beeinflussen. In allen diesen Fällen folgt die Nichtigkeit des Vertrags aus anderen Gesetzesstellen, nämlich aus den §§ 105, 117, 118 BGB.

Diese Fälle können deshalb hier ausgeschieden werden, und es soll nur von solchen die Rede sein, in denen die Parteien vernünftig sind und nicht zum Scherz handeln, ihr Wille mit andern Worten ernsthaft auf den Abschluß eines rechtsbeständigen Vertrags abgestellt ist. Dazu gehört, daß mindestens einer Partei die Unmöglichkeit der Leistung unbekannt ist. Auch für diese Fälle gilt der Satz: Impossibilium nulla obligatio.

II. Mommsen[121]) und Enneccerus[122]) leiten den Satz Impossibilium nulla obligatio aus dem mutmaßlichen Willen der Vertragschließenden ab. Es sei unzweifelhaft, daß die Kontrahenten, wenn ihnen die Unmöglichkeit der Leistung

---

[120]) vgl. Titze S. 237 ff., Rabel S. 6 ff., Krückmann II S. 2 ff., III S. 20 ff.
[121]) Mommsen a. a. O. S. 105 ff. u. 150.
[122]) Enneccerus, Rechtsgesch. S. 595.

bekannt gewesen wäre, eine Obligation auf diese Leistung nicht abgeschlossen hätten. Meiner Ansicht nach darf aus dem mutmaßlichen Willen der Parteien ein derartig weitgehender Schluß nicht gezogen werden. Titze[123]) sagt dazu mit Recht:

> „Wenn jeder Vertrag nichtig wäre, von dem anzunehmen ist, daß ihn die Parteien, falls sie gewisse Umstände gekannt oder vorausgesehen hätten, nicht abgeschlossen haben würden, dann müßte beispielsweise auch in sehr vielen Fällen der nachträglichen Unmöglichkeit der Vertrag als von Anfang an nichtig anzusehen sein. Denn auch hier kann man doch voraussetzen, daß die Parteien, wenn sie gewußt hätten, daß die Leistung später unmöglich wird, den Kontrakt nicht erst abgeschlossen haben würden."

Gemeinhin wird nun der Satz Impossibilium nulla obligatio als „selbstverständliches", in der Logik begründetes „Dogma" hingenommen. Einer ausführlichen Begründung begegnet man deshalb in der Literatur nicht; die gewöhnlich kurzen Begründungsversuche begnügen sich damit, ihn als ein logisches Postulat hinzustellen. So sagt Kleineidam[124]), das Recht könne nicht zu Erfüllung vorschreiben, als Inhalt einer rechtlich wirksamen Leistungspflicht setzen, was in sich selbst eine Erfüllung, sei es nun durch den Schuldner oder auch durch einen anderen ausschließe. Hartmann stellt den Satz als bloßen Ausfluß des logischen Satzes vom Widerspruch hin. Dernburg[125]) schließt daraus, daß Unmögliches nicht geleistet werden könne, es könne natürlicherweise und mit zwingender Kraft auch Unmögliches nicht geschuldet werden. Planck sagt zu § 306 (Note 2): „Die Vorschrift des § 306 ist lediglich eine Folgerung aus dem Wesen der objektiven Unmöglichkeit."

Nach meiner Ansicht liegt all diesen Ausführungen ein und derselbe Fehler zu Grunde, der am augenscheinlichsten bei Dernburg zutage tritt. Die genannten Schriftsteller

[123]) Titze S. 240.

[124]) Kleineidam S. 35.

[125]) Dernburg Pand. II § 16. Bürgerl. Recht II § 60 S. 128/29.

verstehen nämlich den Inhalt des Satzes: Impossibilium nulla obligatio nur dahin, daß Unmögliches nicht geleistet werden könne. So verstanden spricht der Satz allerdings nur einen im Wesen der Unmöglichkeit begründeten rein logischen Gedanken aus. Wäre das aber wirklich der Inhalt des § 306, dann hätte der Paragraph — wie das von einer Minorität in der II. Kommission angeregt worden war[126]) — keine Aufnahme im Gesetzbuch finden dürfen. Denn es ist nicht die Aufgabe und nicht der Zweck eines Gesetzbuches, logische Sätze allgemeiner Natur wiederzugeben. Das Gesetz soll lediglich Rechtssätze enthalten, die aus rechtspolitischen Gründen eventuell in ihrer Gesamtheit abänderbar sein müssen; die zur Anwendung und Auslegung dieser Rechtssätze erforderlichen unabänderlichen „Denkvorschriften" darf es nicht aufführen, weil sie in ihrer Gesamtheit kaum erschöpft werden könnten, weil sie andererseits Allgemeingut jeglicher Wissenschaft sind.

Im Gegensatz zu Dernburg und den andern aufgezählten Schriftstellern ist der Inhalt des Satzes: Impossibilium nulla obligatio meiner Ansicht nach richtig nur dahin zu verstehen, daß irgend eine Verbindlichkeit für den Schuldner nicht entstehe, der einen auf eine unmögliche Leistung gerichteten Vertrag abschließe. Daß der § 306 so verstanden mit dem Wesen der Unmöglichkeit (dem logischen Satze vom Widerspruch) nichts zu tun hat, ergibt sich unmittelbar aus dem Gesetz. Denn wenn § 306 — wie wir ihn auslegen — auch ein zwingendes Gebot der Logik enthielte, dann wäre daraus zu schließen, daß die nachträgliche Unmöglichkeit einen Vertrag zur Aufhebung bringen müßte. Wenn nämlich einerseits die Unmöglichkeit der Leistung mit zwingender logischer Kraft das Entstehen jeglicher Verbindlichkeit hindert, dann kann sie auch unter keinen Umständen das Weiterbestehen einer Verpflichtung zulassen. Nach § 323 ff. BGB. bleibt diese nun aber, trotzdem die Leistung nicht mehr bewirkt werden kann, rechtswirksam bestehen. Sie bekommt nur nach Maß-

[126]) Prot. S. 314 ff. 448. „Daß eine objektiv unmöglich gewordene Leistung, so wie sie geschuldet war, nicht mehr bewirkt werden kann, sei eine Wahrheit über welche man Belehrung im Gesetz nicht suche."

gabe der §§ 323 Abs. 2, 324, 325 BGB. einen anderen Leistungsinhalt. Das Gesetz hätte also, wäre der gegnerische Standpunkt richtig, in § 306 überflüssigerweise einen logischen Grundsatz aufgenommen, um ihn alsbald in den §§ 323 ff. zu durchbrechen. Und zwar zum ersten Male zu durchbrechen. Denn das Gesetz ist hierbei nicht stehen geblieben; es hat vielmehr, wie bereits oben ausgeführt ist, in den §§ 437, 459 Abs. 2, 493 wichtige Ausnahmen von § 306 aufgestellt. Alle diese Ausnahmen sind undenkbar, wenn der Satz: Impossibilium nulla obligatio eine reine Forderung der Logik darstellt, denn Billigkeitserwägungen, die — wie wir gesehen haben — für die Aufnahme der gedachten Ausnahmen maßgebend waren, können nicht dazu führen, sich über eine logische Notwendigkeit hinwegzusetzen. Allein aus diesem Grunde ist schon anzunehmen, daß auch die Majorität der zweiten Kommission den Inhalt des § 306 nicht als die Wiedergabe „einer Wahrheit, über die man Belehrung im Gesetzbuch nicht suche", aufgefaßt hat.

Aus dem Gesagten ist zu folgern, daß § 306 lediglich einen Rechtssatz enthält, der aus rechtspolitischen Gründen eine Haftung auf ein der unmöglichen Leistung zu unterschiebendes Surrogat negiert, sofern feststeht, daß die Unmöglichkeit der Leistung bei Vertragsschluß vorliegt. Das Gesetz hätte sich ebensogut auf den gegenteiligen Standpunkt stellen können und die im § 437, 459 enthaltene Ausnahme als Regel aussprechen können: „Der auf eine unmögliche Leistung gerichtete Vertrag ist gültig." Als Inhalt eines solchen Vertrags müßte der objektive Wert des unmöglichen Gegenstandes oder das Interesse des Gläubigers, das er an der Leistung hat, eingesetzt werden. Es bestünde danach eine Obligation, die dem Schuldner nicht „auf" die vereinbarte Leistung, sondern „auf" ein Surrogat „für" Nichtleistung verhaftete. Daß es dem Wesen der Obligation nicht widerspricht, daß der Schuldner nicht in einer Haftung „auf", sondern lediglich in einer Haftung „für" steht, zeigt sich an den Dienstverträgen, deren Leistung nicht erzwungen werden kann. Geschuldet wird bei ihnen die Dienstleistung, gehaftet wird jedoch nicht „auf" die Leistung, sondern „für" die Nichtleistung.[127])

[127]) Krückmann III S. 20 ff.

H. A. Fischer hat den Satz: Impossibilium nulla obligatio aus einem anderen Gesichtspunkt begründet. Fischer gibt zu, daß der Satz keinen logischen Zwang enthalte, sondern daß er ein reiner Rechssatz sei. Seine Berechtigung findet er in der „Billigkeit" begründet. Im allgemeinen knüpfe sich die Verpflichtung zum Schadensersatz auf Rechtsverletzung. Solange dies noch für den Regelfall gelte, erscheine es unbillig, lediglich auf die Tatsache der Unmöglichkeit der Leistung die Rechtsfolge der Ersatzpflicht zu gründen. Sobald sich in der Tendenz der Mehrzahl der abgeschlossenen Verträge eine Verschärfung der Haftung bis zur Garantiehaftung bemerkbar mache, sei zu erwägen, ob man nicht für den Regelfall die befreiende Wirkung der Unmöglichkeit negieren und die Befreiung besonderer Parteiabrede bezw. besonderen gesetzlichen Ausnahmen überlassen solle.[128])

Mit Fischer, der de lege ferenda die Zulässigkeit der Beseitigung des Satzes Impossibilium nulla obligatio zugibt, haben wir uns lediglich darüber auseinanderzusetzen, ob die Rechtsfolgen der §§ 306 ff. tatsächlich der Billigkeit entsprechen. Dies wird sich am besten an Hand von Beispielen ausweisen.

I. X verkauft an Y eine Schiffsladung Kakao (Speciessache), die noch auf der Reise nach Hamburg ist. Der vereinbarte Kaufpreis beträgt 8000 Mark; die Schiffsladung ist vom Verkäufer mit 10000 M. versichert. Im Moment des Vertragsschlusses ist die Schiffsladung untergegangen, wovon weder X noch Y Kenntnis haben. Der Untergang des Schiffes wird dem Verkäufer in einer Zeit bekannt, in der er sich dieselbe Qualität Kakao überhaupt nicht mehr beschaffen kann. Dadurch, daß er den Kakao nicht erhält, hat er einen Schaden von 2000 Mark erlitten. De lege lata muß dieser Fall wie folgt entschieden werden: Nach § 306 ist ein Vertrag nicht zustande gekommen. Ein Anspruch aus § 307 steht dem Y nicht zu, da ja X zur Zeit des Vertragsschlusses keine Kenntnis von der Unmöglichkeit hatte. Es hat sonach Y seinen Schaden allein zu tragen, während X sich die Versicherungs-

[128]) H. A. Fischer S. 1 ff.

summe von 10000 M. auszahlen lassen und ganz für sich behalten kann.

Man erwäge folgendes: X gibt im Moment des Vertragsschlusses eben durch seine Offerte zu erkennen, daß er an der Existenz oder Nichtexistenz der Schiffsladung nur noch ein Interesse von 8000 Mk. (Verkaufspreis) haben will und lediglich durch den (bei Vertragsschluß allerdings perfekten) Unglücksfall erhält er eine Bereicherung von 2000 Mk. Andererseits wird Y lediglich deshalb um 2000 Mk. geschädigt, weil er mit X kontrahiert hat, sein Schaden beruht, wenn wir weiter zurückgehen, auf demselben Unglücksfall, der den X bereichert. Dies Resultat kann unmöglich ein billiges genannt werden. Ein Ergebnis, das beiden Teilen vollauf gerecht wird, erhielte man, wenn X die Versicherungssumme nach Abzug des Kaufpreises von 8000 Mk. an Y herausgeben müßte. Sicherlich wird dieses Resultat allein dem Laien, der vom Grundsatz des § 306 BGB. nichts weiß, einleuchten; zu diesem Resultat wird er aus seinen „rechtlichen" Erwägungen, die ja nur reine Billigkeitsempfindungen, der Ausfluß einer natürlichen Gerechtigkeit sein können, allein hinfinden können.

Dieses erstrebenswerte Resultat ist jedoch nur zu erreichen, wenn wir de lege ferenda an das Vorliegen der ursprünglichen Unmöglichkeit der Leistung dieselben Rechtsfolgen knüpfen, wie sie de lege lata für die nachträgliche Unmöglichkeit festgesetzt sind. (§§ 281, 323 BGB.)

II. 1. B. kauft von A. Baumwolle (Spezieskauf). Bei Vertragsschluß ist die Baumwolle bereits niedergebrannt. Dieser Umstand ist dem Verkäufer A infolge einer groben Fahrlässigkeit[129]) unbekannt geblieben. Der Käufer B erfährt von dem Untergang der Baumwolle in einer Zeit, in der es ihm nicht mehr möglich ist, sich andere zu verschaffen. Er erleidet hierdurch einen Schaden von 10000 Mk.

[129]) Wenn A die Unmöglichkeit kennt und dennoch kontrahiert, wird ja meist der Tatbestand von § 826 BGB. gegeben sein. B wird dann das positive Vertragsinteresse verlangen können. Indes sind Fälle denkbar, in denen ein Kontrahent die Unmöglichkeit kennt, ohne daß § 826 BGB. Anwendung finden kann Für diese Fälle will es natürlich noch weniger einleuchten, daß der andere Teil nur das negative Interesse soll verlangen können.

Diesem Beispiel stellen wir folgenden Fall gegenüber:

2) Die Baumwolle existiert noch im Momente des Vertragsschlusses. Sie brennt einige Tage nach Vertragsschluß infolge einer Fahrlässigkeit des Angestellten Z des Verkäufers A nieder. Der Schaden, den B erleidet, ist der gleiche wie bei 1.

Beide Fälle müssen de lege lata grundverschieden beurteilt werden. Im ersten Beispiel ist kein Vertrag zustande gekommen, und es ist deshalb eine Haftung des A auf positives Vertragsinteresse nicht denkbar. Er hat vielmehr nach § 307 dem B nur das negative Vertragsinteresse zu ersetzen. Angenommen der objektive Wert der gekauften Baumwolle beträgt 8000 Mark, so kann B den erlittenen Schaden in Höhe von 2000 Mark nicht ersetzt verlangen. Dagegen ist im zweiten Falle ein gültiger Vertrag zustande gekommen. Für das Verschulden des Angestellten Z hat A nach § 278 BGB. einzustehen; die Sachlage, die genau so betrachtet werden muß, wie wenn A selbst den Brand verschuldet hätte, ist nach § 325 BGB. zu beurteilen. Danach kann B den erlittenen Schaden in voller Höhe ersetzt verlangen.

Es liegt auf der Hand und wird wohl auch nicht angezweifelt werden können, daß im ersten Falle die Schuld des A erheblich schwerer ist wie im zweiten. In beiden Fällen knüpft sich an das schuldhafte Verhalten des Verkäufers A das schädigende Ereignis für den Gläubiger. Im Falle 2 wird B dadurch geschädigt, daß A den Brand verschuldet. Im Falle 1 ist das schädigende Ereignis nicht der vor Vertragsschluß erfolgte Untergang der Baumwolle, sondern der Vertragsschluß selbst. Denn dadurch, daß sich B längere Zeit über für versorgt hielt und er andere Gelegenheiten, seinen Bedarf an Baumwolle zu decken, vorübergehen lassen mußte, weil er ja nichts vom Untergang der Baumwolle und also auch nichts von der Nichtigkeit des Vertrags wußte, hat er den Schaden erlitten. Der ursächliche Zusammenhang zwischen dem entstandenen Schaden und dem vom Verkäufer schuldhaft getätigten Vertragsschluß liegt klar zutage. M. E. zwingt deshalb die Billigkeit, beide Fälle gleichmäßig zu behandeln. Das setzte aber voraus,

daß wir auch im Falle 1 das Entstehen eines gültigen Vertragsverhältnisses annehmen. Es ist mit anderen Worten de lege ferenda in dem Abschluß eines unbedingten Vertrags die Zusicherung von Seiten jedes Kontrahenten zu erblicken, daß die von ihm versprochene Leistung im Moment des Vertragsschlusses auch wirklich existiert bezw. bis zur Erfüllung bestimmt existent wird. Eine derartige Forderung erscheint mir eigentlich ein selbstverständliches Gebot ordnungsmäßigen Geschäftsverkehrs zu sein; es muß m. E. unbedenklich von einem Kontrahenten, der sich in Ungewißheit über die Existenz seines Leistungsgegenstandes befindet, verlangt werden, daß er diese Ungewißheit seinem Vertragsgegner mitteilt und diesen so in die Lage setzt, sich nach einer anderen Gelegenheit umzusehen, wo ihm der mit der Obligation angestrebte Zweck bestimmt zugesagt wird. Verletzt aber ein Teil das Vertrauen, das ihm der andere dadurch entgegenbringt, daß er gerade mit ihm kontrahiert, dann muß er m. A. nach vom Standpunkt billiger Erwägung verpflichtet sein, den daraus für den Vertragsgegner entstehenden Schaden vollständig wett zu machen. Es erscheint mir nicht unwahrscheinlich, daß auch heute schon kulante Geschäftsleute in diesem Sinne verfahren, obwohl sie wissen, daß eine so weitgehende Rechtspflicht für sie nicht besteht.

De lege ferenda wäre deshalb m. E. etwa folgende Abänderung des bestehenden Rechts zu verlangen:

I. Die §§ 306-308 kommen in Wegfall.

II. Hinter § 323 ist ein Paragraph einzuschalten, der etwa folgenden Wortlaut haben müßte:

1. Die beim Vertragsschluß bestehende Unmöglichkeit hindert das Zustandekommen eines Vertrages nicht.

2. Wenn die beim Vertragsschluß bestehende Unmöglichkeit beiden Parteien weder bekannt war noch bekannt sein mußte, so finden auf den Vertrag die Vorschriften des § 323 entsprechende Anwendung.

3. War die beim Vertragsschluß bestehende Unmöglichkeit allein dem Schuldner bekannt,[130]) dann finden die Vorschriften des § 325 entsprechende Anwendung.

4. War die bei Vertragsschluß bestehende Unmöglichkeit allein dem Gläubiger bekannt,[130]) so finden die Vorschriften des § 324 entsprechende Anwendung.

[130]) bezw. mußte sie ihm bekannt sein.

Lebenslauf.

Ich, Wilhelm Lendle, evangelischer Konfession, wurde am 24. Mai 1887 als Sohn des Gutsbesitzers Ludwig Lendle zu Sonnenberg b. Wiesbaden geboren. Ich besuchte das Königl. Humanistische Gymnasium zu Wiesbaden, das ich Ostern 1906 mit dem Zeugnis der Reife verließ. Ich studierte darauf 3 Semester Jura in Tübingen und 4 in Marburg. Am 22. Januar 1910 bestand ich das Referendarexamen vor der am Königl. Oberlandesgericht zu Cassel bestellten Prüfungskommission. Meine Referendarausbildung erhielt ich bis auf die erste Amtsgerichtsstation, die ich am Amtsgericht zu Wehen b. Wiesbaden zubrachte, in Wiesbaden. Z. Zt. bin ich am Amtsgericht Wiesbaden beschäftigt.

Das Rigorosum bestand ich am 28. Juni 1913.

Wiesbaden, im Juli 1913.

Wilhelm Lendle.